

**EFICIENCIA Y MAXIMIZACIÓN EN EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO
RESPECTO DE LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE
INDUSTRIA Y COMERCIO A CARTELES EMPRESARIALES EN EL PERÍODO 2008-
2018.**

Autor:

Moisés David Villa Villanueva.

Tutor:

Laura Patricia Carrasquilla Díaz.

Cotutor:

Claudia Fernández Castro.



**UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
BARRANQUILLA-ATLÁNTICO
2020**

Resumen

En la presente investigación se pretenden estudiar las resoluciones sancionatorias que en materia de protección de la libre competencia ha proferido la Superintendencia de Industria y Comercio durante los años 2008 y 2018. El estudio se basará en la utilización de los conceptos de “eficiencia” y “maximización” definidos a partir de la corriente del Análisis Económico del Derecho, conceptos con los cuales se pretende verificar la utilización de los mismos y el modo en que se desarrollan dentro de las consideraciones expuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el ejercicio de la función jurisdiccional con la cual se encuentra investida. El trabajo está orientado a identificar en especial casos de violación del Régimen de Promoción de la Libre Competencia en Colombia, por conductas relacionadas a las prácticas de cartelización empresarial en la forma de actos, acuerdos, fijación de precios, entre otros, contrarios a la libre competencia. Con el firme propósito de cumplir los objetivos propuestos, se plantea una revisión bibliográfica y se abordarán temas como el Análisis Económico del Derecho, el Derecho de la Libre Competencia, el Derecho Administrativo Sancionador y, por último, se hará la exposición y el análisis de las resoluciones sancionatorias proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Palabras Clave: Análisis Económico del Derecho, Derecho de la Competencia, Carteles Empresariales, sanción administrativa, eficiencia, maximización

Abstract

In the present research we intend to study the sanctionative decisions that the Superintendencia de Industria y Comercio has passed regarding the antitrust laws during the years 2008 and 2018. This study will be based in the use of the concepts of “efficiency” and “maximization” as they are defined by the Law & Economics doctrine. With these concepts we intend to verify how they are used and developed within the considerations exposed by the Superintendencia de Industria y Comercio in the exercise of the jurisdictional function with whom they are invested. This research will focus on identification of cases where antitrust laws are violated in Colombia, specially through cartel related practices such as: acts, arrangements, price fixing, among others, in restraint of trade. With the main purpose of achieving the objectives of our research, we propose a bibliographical review of topics just as Law & Economics, Antitrust Laws, Administrative Sanctioning Law. Finally, we will present and analyze the sanctionatory decisions passed by the Superintendencia de Industria y Comercio.

KeyWords: Law & Economics, Antitrust law, Cartels, administrative sanctioning, efficiency, maximization

Tabla de contenido

Lista de tablas y figuras	4
Introducción	5
1. Planteamiento del problema.....	6
1.1. Descripción del problema.	6
1.2. Formulación del problema	9
2. Objetivos.....	9
2.1. Objetivo General	9
2.2. Objetivos Específicos	9
3. Justificación	10
4. Delimitación.....	11
4.1. Espacial.....	11
4.2. Temporal.....	11
5. Marco teórico	12
5.1. Antecedentes de investigación.	12
5.2. Bases teóricas.	17
5.3. Análisis económico del derecho.....	18
5.3.1. Orígenes del Análisis Económico del Derecho.....	18
5.3.2. Objeto del Análisis Económico del Derecho.....	20
5.3.3. Características del Análisis Económico del Derecho.....	23
5.4. Derecho de la competencia.....	29
5.4.1. Orígenes del Derecho de la Competencia.....	29
5.4.2. Características del Derecho de la Competencia.....	32
5.4.3. Prácticas comerciales restrictivas de la competencia.	37
5.5. Derecho administrativo sancionador	44
6. Análisis de las resoluciones sancionatorias impuestas por la superintendencia de industria y comercio en materia de protección de la competencia en el periodo 2008-2018.	49
6.1. Resoluciones sancionatorias 2008-2018.....	51
7. Marco legal	124
8. Metodología propuesta	127

8.1. Tipo de investigación	127
8.2. Enfoque de la investigación.....	128
8.3. Nivel de investigación.....	128
8.4. Método de investigación.....	129
8.5. Instrumentos de investigación.....	129
8.6. Línea de investigación.....	130
9. Conclusiones	131
10. Recomendaciones.....	135
Referencias.....	136

Lista de tablas y figuras**Tablas**

Tabla 1 Resoluciones sancionatorias 2008-2018	51
Tabla 2 Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2008.....	59
Tabla 3 Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2009.....	64
Tabla 4 Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2010.....	69
Tabla 5 Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2011.....	76
Tabla 6 Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2012.....	83
Tabla 7 Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2013.....	89
Tabla 8 Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2014.....	95
Tabla 9 Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2015.....	101
Tabla 10 Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2016.....	107
Tabla 11 Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2017.....	113
Tabla 12 Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2018.....	118

Figuras

Figura 1 Número de resoluciones de sanción impuestas por año.	59
--	----

Introducción

En el presente trabajo se pretenden estudiar las resoluciones sancionatorias que en materia de protección de la libre competencia ha proferido la Superintendencia de Industria y Comercio durante los años 2008 y 2018. El estudio se basará en la utilización de los conceptos de “eficiencia” y “maximización” definidos a partir de la corriente del Análisis Económico del Derecho, conceptos con los cuales se pretende verificar la utilización de los mismos y el modo en que se desarrollan dentro de las consideraciones expuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio en el ejercicio de la función jurisdiccional con la cual se encuentra investida.

El trabajo está orientado a identificar en especial casos de violación del Régimen de Promoción de la Libre Competencia en Colombia, por conductas relacionadas a las prácticas restrictivas de la competencia, tales como actos, acuerdos, fijación de precios, entre otros, contrarios a la libre competencia.

Con el firme propósito de cumplir los objetivos propuestos, se abordarán temas como el Análisis Económico del Derecho, el Derecho de la Libre Competencia, el Derecho Administrativo Sancionador y, por último, se hará la exposición y el análisis de las resoluciones sancionatorias proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Lo anterior, por cuanto son los ejes temáticos que informan el presente estudio, así:

Se aborda el Análisis Económico del Derecho por ser la teoría a partir de la cual se direcciona el estudio de las resoluciones sancionatorias; el Derecho de la Libre Competencia, es el marco normativo donde se encuadran las conductas anticompetitivas sancionables; y el Derecho Administrativo Sancionador, por tratarse de la rama del derecho que explica la potestad sancionatoria delegada en los particulares o entes administrativos, como en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio.

1. Planteamiento del problema

1.1. Descripción del problema.

La dirección general de la Economía se encuentra a cargo del Estado colombiano, como bien lo señala el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia de 1991, por consiguiente, cualquier anormalidad que se presente dentro del mercado debe ser investigada, y de ser el caso, castigada por el mismo Estado, ya que la violación de un derecho colectivo como lo es la libre competencia (artículo 88 Constitución Política), debe ser perseguido y castigado con vehemencia. En ese sentido, dentro de aquellas situaciones de anormalidad se encuentran las prácticas comerciales restrictivas de la competencia, las cuales distorsionan el mercado, entendido este, como un bien jurídico tutelado por el Estado.

Para tal propósito, existe en Colombia el Régimen de Promoción de la Competencia y Prácticas Comerciales Restrictivas, el cual se encuentra contenido principalmente en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, las cuales sirven para brindar un marco normativo ajustado a las necesidades de regularización de la materia. Uno de los fenómenos regulados y sancionados por dicho Régimen es el de los llamados *carteles empresariales*¹, el cual ha tenido protagonismo en Colombia en la última década, y cuya creciente persecución por parte de las autoridades estatales, obliga a un análisis sobre el contenido y enfoque de dichas normas, especialmente en cuanto a lo que se refiere al régimen sancionatorio existente en la actualidad.

¹ Por *carteles* entiéndase a aquellas prácticas generalmente realizadas por empresas para fijar precios a través de acuerdos ilegales que restringen de una u otra forma la libre competencia entre los demás actores del mercado, ya sean emergentes o actores ya establecidos dentro del mercado.

Lo anterior, teniendo en cuenta que las políticas públicas deben someterse a revisiones periódicas que permitan evaluar su aplicación con respecto a los resultados esperados por el Estado (Hernández de Velazco *et al.*, 2013). Para realizar dicho estudio se toman en cuenta variables tales como: los costos de sancionar a los infractores y el impacto que producen las sanciones contenidas en las leyes cuando se infringen tales disposiciones, esto con el fin de mejorar la efectividad, eficiencia y coherencia del sistema normativo vigente.

Así las cosas, una normatividad deficiente, débil y precaria no brindaría las garantías necesarias a los distintos actores del mercado. Por otro lado, una normatividad fuerte y estructurada puede paliar los efectos de tales prácticas nocivas. De hecho, respecto del papel que debe desempeñar el Estado, algunos autores señalan:

El rol que ha asumido el estado es insuficiente desde todo punto de vista. En primer lugar porque el pago de la multa producto de las sanciones por prácticas que restringen la competencia ingresa a su haber sin obligación alguna de reparar, no sanciona de forma de forma [*sic*] ejemplar, lo que ocasiona que dichas prácticas se mantengan y que además de proliferen y además no controla que producto de la sanción las empresas no entren a aumentar los precios para el pago de las multas, como se puede ver el consumidor está asumiendo un doble perjuicio por una falla grave del estado (Gama, 2017, p. 14).

Es de esta manera ostensible el desequilibrio que se crea al interior de los mercados nacionales cuando aparecen este tipo de fenómenos. Por consiguiente, cabe resaltar que la protección del interés general está en cabeza del Estado y que el correcto desarrollo de sus funciones repercute, a la postre, en cómo se percibe el bienestar social de una nación (Arrieta *et al.*, 2018). Así, con mucho acierto anota Gama (2017):

Debemos recordar que constitucionalmente el estado está obligado a intervenir y crear políticas públicas que dirijan la economía y protejan a los habitantes de los efectos hostiles de los acuerdos anticompetitivos, los cuales causan daños irreparables en la economía de un país y su desarrollo sostenible (p. 12).

Es claro que la normatividad está instituida para respetarse y que, atendiendo a los lineamientos constitucionales, el Congreso diseña las distintas leyes que hoy conforman el Régimen de Promoción de la Competencia en Colombia. Sin embargo, las empresas, quienes son tomadas por la Constitución como base del desarrollo², desatendiendo las obligaciones que implican dicha función social, menoscaban los derechos de los actores del mercado al acudir a tales prácticas restrictivas de la competencia.

Aunado a lo anterior, en los últimos años han trascendido a la opinión pública importantes casos de sanciones a carteles empresariales como el del arroz, el cemento, los cuadernos, el papel higiénico, los medicamentos y la hemofilia, los cuales han puesto de manifiesto las graves consecuencias de dicho fenómeno. Ahora bien, es necesario analizar si las sanciones que actualmente se aplican, con base en el Régimen de Promoción de la Competencia, realmente están cumpliendo su finalidad, teniendo en cuenta las variables de eficiencia y maximización señaladas por el Análisis Económico del Derecho (de ahora en adelante AED), para lo cual será necesario realizar un estudio de las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio, en los últimos 10 años.

² Constitución Política de Colombia 1991. Artículo 333 inciso 3.

1.2. Formulación del problema

¿Cuál es la eficiencia y la maximización de acuerdo al Análisis Económico del Derecho de las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio a los integrantes de carteles empresariales en los últimos 10 años?

2. Objetivos

2.1. Objetivo General

Explicar la eficiencia y la maximización en los términos del Análisis Económico del Derecho de las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio a los integrantes de carteles empresariales en los últimos 10 años.

2.2. Objetivos Específicos

Identificar elementos y características del Análisis Económico del Derecho.

Determinar la línea providencial respecto de las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Analizar los criterios de eficiencia y maximización respecto de las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

3. Justificación

El estudiar el Régimen de Promoción de la Competencia en Colombia a la luz de la teoría del Análisis Económico del Derecho permite obtener un panorama mucho más acorde a la realidad que atraviesan actualmente las instituciones. Si los diferentes actores que componen el mercado y, que se encuentran sujetos a este régimen obtienen una ventaja competitiva ilegal sobre los demás agentes del mercado, indudablemente se crea un descontento generalizado entre los que resultan afectados, tanto de manera directa e indirecta por dichos fenómenos. Al indagar sobre sus causas y la forma que usa el Estado para combatir tales conductas se permite abrir el debate que dé lugar a la optimización de los instrumentos con los que se cuenta hoy en día, pues siempre es deseable el desarrollo de un mercado sano y estable que brinde oportunidades por igual a todos los participantes, incluyendo a los nuevos actores que pretendan sumarse.

La pérdida de condiciones favorables que propicien la libre competencia en Colombia acarrea consecuencias nocivas al interior de los mercados. Sobre el particular, describen Flórez Acosta y Gómez Portilla (2017):

En primer lugar, teóricamente, los acuerdos de precios entre empresas propios de un comportamiento colusivo se reflejan en una menor variabilidad de los precios, una mayor presencia de ciclos en los precios y también en una menor variabilidad de las cuotas de mercado (p. 225).

El incremento de prácticas ilegales al interior de cualquier sector de la economía merma su propia capacidad de oportunidades (Zúñiga Ordoñez, 2017) trasladando así, el costo a los consumidores finales de dichos productos. La recuperación de la confianza en el empresariado es vital para estimular la economía y el Estado debe ser consciente de ello, por lo que los esfuerzos

deben estar encaminados a mejorar los instrumentos hoy utilizados para combatir tal fenómeno (De La Torre, 2018).

Así las cosas, es menester emprender el análisis y la evaluación de las sanciones administrativas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio en los últimos 10 años, máxime cuando esta entidad ha sufrido reformas que modificaron su capacidad sancionatoria, por lo que repercutiría directamente en la percepción que se tiene en el mercado sobre la función de la Superintendencia al interior de la economía nacional. Shavell (2004) resalta la importancia de que la sanción que establece la ley cumpla, en primera instancia, una función de disuasión frente a la comisión de comportamientos lesivos a la libre competencia, por lo que resulta necesario que el nivel de la sanción sea óptimo, lo anterior, en el entendido de que una sanción de éstas características debe llevar inmerso no solo el beneficio reportado con la violación al régimen de protección de la competencia, sino también el costo que conlleva la actividad sancionadora (Ossa Bocanegra, 2015, p. 121).

4. Delimitación

4.1. Espacial.

La presente investigación se desarrollará en el espacio geográfico de la República de Colombia.

4.2. Temporal.

La presente investigación se limitará al lapso de tiempo comprendido entre los años 2008 y 2018

5. Marco teórico

5.1. Antecedentes de investigación.

En principio resulta importante acudir a los antecedentes de cualquier trabajo investigativo, puesto que, los antecedentes se constituyen en punto de partida sobre el cual, las investigaciones posteriores, en teoría, deberán cimentarse con el fin de darle el sustrato necesario para ahondar en los temas de estudio. Así, dichos antecedentes forman parte de la fundamentación teórica del problema de investigación.

El actual estado de las cosas alienta mucho el desarrollo de esta investigación, pues el objeto de estudio actualmente se encuentra bajo examen, sin embargo, no es estructurado ni sistemático. Además, las circunstancias que rodean este fenómeno son abundantes en el presente y por tanto constituyen insumos importantes para el estudio (Bechara, 2018). El uso de una teoría madura, robusta y sistemática como el Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) se erige como un instrumento importante que permite evaluar y contrastar qué tan ajustadas son las normas que poseemos actualmente para frenar las prácticas restrictivas de la competencia.

En el caso de Colombia, este tema no ha sido ajeno a los investigadores, como bien refleja el estudio realizado en la Universidad Militar Nueva Granada a cargo de Andrea Alarcón Peña titulado: “La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas” en donde manifiesta:

El principio de igualdad en el marco económico impone al Estado la obligación de promoverlo efectivamente. La consagración del mismo le exige adoptar las decisiones y

políticas públicas necesarias para dotar a todos los agentes económicos de un mínimo de condiciones que les faciliten acceder en forma efectiva a las garantías económicas constitucionales previstas (2016, p. 114).

Es así, reiterativo y enfatizado el mandato constitucional de promover la prosperidad para todos los agentes económicos en igualdad de condiciones a lo largo y ancho del territorio nacional (Reales, 2016). Dentro de esta investigación podemos destacar que las principales conclusiones son: 1: “la intervención del Estado en la economía obedece entonces a la necesidad de evitar actos que vulneren derechos (fundamentales o colectivos) de aquellos que concurren al mercado como oferentes o destinatarios finales de un bien o servicio” (p. 122), y 2:

La normativa de protección a la competencia económica, como un derecho constitucional colectivo, garantiza a los consumidores y en general a todos aquellos que intervengan en el mercado, la existencia de cláusulas que avalen la concurrencia y participación en condiciones de mediana igualdad para cualquier agente económico (p.123).

En la Revista *Vniversitas* de Bogotá, Colombia de la Pontificia Universidad Javeriana se condujo una investigación por parte de Ingrid Ortiz y Diego Solano titulada: “La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes” los cuales con total pertinencia precisaron: “En el modelo público, la aplicación de las normas de libre competencia corresponde por regla general a autoridades administrativas que tienen la capacidad de actuar de oficio o a petición de parte, pero siempre en defensa del orden público económico”. (2016, p. 314). Con lo cual se predica la actitud proteccionista con la que debe actuar el Estado al momento de intervenir en el mercado o la economía nacional, en ocasiones delegando la administración de justicia en particulares a través de autoridades administrativas, que para el caso de Colombia sería la Superintendencia de Industria y Comercio. En este trabajo

investigativo se concluyó que se deben fortalecer los modelos de aplicación de las normas de libre competencia donde se garantice que las autoridades administrativas y judiciales puedan coexistir y funcionar coherentemente.

Por otro lado, una investigación publicada en la Revista *Dikaion* de la Universidad de la Sabana por parte de Sandra Ortiz y Jesús Soto titulada: “Análisis del poder disuasorio de la protección de la libre competencia en Colombia: norma jurídica y autoridad pública” estableció: “Las normas son el epicentro de los sistemas de protección, por lo que constituyen pieza fundamental de la creación del efecto disuasorio” (2017, p. 320). Es por tanto acertado valorar el impacto que tiene el contenido formal de las normas que integran el régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, dado que el contenido de los mismos incorpora, en teoría, dicha función disuasoria. En este importante trabajo se concluyó que:

Los sistemas de protección con tintes sancionatorios requieren de la disposición normativa de las consecuencias que provoca su contravención. Los ciudadanos deben tener noticia de aquellas consecuencias, las cuales deben ser diversas y variadas, con el ánimo de crear un ambiente de “vacilación” en el potencial contraventor de la normativa de referencia (p. 349).

Igualmente se hizo hincapié en la importancia del mencionado efecto disuasorio que las normas sobre la libre competencia deben comportar así:

El elemento disuasorio es fundamental para la protección de la libre competencia. La adaptación de los principios penales que han nutrido ese ingrediente, al derecho *antitrust*, así lo demuestra. La norma y la aplicación de aquella, realizada por la autoridad de competencia, son esenciales en la creación de un impacto disuasorio eficiente (p. 349).

En Medellín, la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana publicó un artículo escrito por Camilo Ossa Bocanegra titulado: “Políticas Públicas de fomento a la competencia” en el cual se manifiesta el carácter de las intervenciones del Estado: “La intervención estatal en Colombia, que contempla como fines la estabilidad económica, la eliminación o morigeración de las desigualdades sociales frente a la distribución de la riqueza, la eficiencia de los recursos y el crecimiento de la economía” (2015, p. 104). Situación que se pone de manifiesto en el título XII de la Constitución colombiana que se refiere al Régimen Económico y de la Hacienda Pública el cual debe procurar la estabilidad de los mercados nacionales. En este destacado artículo se colige:

El Estado busca garantizar y mantener la libre competencia en los mercados, al existir una imperfección del mercado hacia el monopolio, es decir, de no haber una intervención estatal hacia un mecanismo de control de precios, siempre la interacción monopolística lleva a una pérdida irrecuperable de eficiencia económica que resulta afectando el excedente de los consumidores y por ende otro tipo de derechos de raigambre constitucional como son la libertad de empresa y la eficiencia económica (p. 122).

Igualmente, el autor se permite destacar elementos que permiten evaluar la forma y el fondo de las políticas públicas que componen los regímenes de protección de la libre competencia económica, concluyendo lo siguiente:

El diseño e implementación de toda política pública pasa por la revisión de tres elementos esenciales como son la justificación, la viabilidad y la efectividad y cada uno de esos componentes compromete la acción del Estado en cumplimiento de unos objetivos claros

y unívocos, que en este caso estarían dados por la promoción de la competencia en Colombia y el establecimiento de unas políticas para su cumplimiento (p. 122).

En la Revista Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas del Instituto de Ciencias Humana, Sociales y Ambientales de Mendoza, Argentina, elaborado por Cristóbal Friz Echeverría el cual se titula: “Libertad e ignorancia, mercado y competencia: La normatividad antropológico-política neoliberal en F. Hayek y M. Friedman” se destaca lo siguiente:

Según los autores, como a los sujetos les está vedado determinar, con pretensiones de legitimidad, un conjunto de medidas que el gobierno debiera implementar en pos del bienestar personal y social, a él cabe únicamente disminuir sus esferas de acción, con el objetivo de promover la libertad económica individual (2016, p. 50).

De acuerdo a lo anterior es claro cómo los gobiernos toman la vocería y la representación de los consumidores al momento de promulgar las leyes con las que se pretende hacer respetar el Régimen de Promoción de la Competencia.

Un estudio publicado en la Revista Chilena de Derecho Privado de la Universidad Diego Portales de Santiago de la autoría de Ricardo Reveco y Ricardo Padilla titulado: “Derecho de la libre competencia” arrojó que: “En efecto, el ataque a una posición de mercado será lícito en la medida que ello lo justifique la mayor eficiencia del competidor y, no lo será, cuando sea fruto de la habilidad de interferir en los negocios ajenos” (2017, p. 376). Premisa que establece un criterio para determinar de manera empírica la licitud o no de una práctica para atraer clientes, el cual es uno de los objetos de protección de la competencia desleal.

5.2. Bases teóricas.

A continuación, nos permitimos resaltar algunos de los conceptos más destacados que se emplearán en el presente estudio con el ánimo de permitir un acercamiento más efectivo con la temática propuesta:

- Maximización:

La elección de la mejor alternativa permitida por las restricciones puede describirse matemáticamente como maximización. Un consumidor racional deberá escoger la mejor alternativa que le permitan sus restricciones. Esto es, los consumidores escogen alternativas que sean adecuadas para el logro de sus fines. (Cooter & Ulen, 2016, p. 29).

- Equilibrio:

“Un equilibrio es un patrón de interacción que persiste a menos que sea perturbado por fuerzas externas” (Cooter & Ulen, 2016, p. 29).

- Eficiencia de Pareto: Cooter & Ulen (2016):

Decimos que una situación particular es eficiente en el sentido de Pareto o de la asignación si es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación) (p. 31).

- Eficiencia de Kaldor-Hicks: Cooter & Ulen (2016):

Una mejora potencial en términos de Pareto permite los cambios donde hay ganadores y perdedores pero exige que los ganadores ganen más que lo que pierden los perdedores. Si se satisface esta condición, los ganadores pueden, en principio, compensar a los perdedores y quedarse todavía con un excedente. Para una mejora potencial en términos

de Pareto, no tiene que hacerse efectivamente la compensación, pero ésta debe ser posible en principio (p. 68).

5.3. Análisis económico del derecho

5.3.1. Orígenes del Análisis Económico del Derecho.

La doctrina del Análisis Económico del Derecho comenzó su síntesis como disciplina dentro de la Universidad de Chicago, Illinois, en los años sesenta y recibió influencia de pioneros como Guido Calabresi y de los ganadores del Premio Nobel: Ronald Coase y Gary Becker. El libro de Richard Posner “Análisis Económico del Derecho” se convirtió en uno de los clásicos de la disciplina. Esta teoría combina Derecho y Economía en la búsqueda de explicar el comportamiento de legisladores, fiscales, jueces y burócratas. El modelo de la elección racional explica cómo los individuos responden a diferentes estímulos del exterior al momento de elegir. Informa sobre posibles resultados y puede ofrecer un mejor entendimiento en materia de reformas.

Cooter & Ulen (2016) responden de manera muy acertada de qué se trata el Análisis Económico del Derecho:

La economía aportó una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento. Para los economistas, las sanciones son como los precios y, supuestamente, los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden ante los precios. Los individuos responden a una elevación de los precios consumiendo menos del bien más caro, de modo que, supuestamente, los individuos responden ante las sanciones legales más severas realizando menos de la

actividad sancionada. La economía cuenta con teorías matemáticamente precisas (la teoría de precios y la teoría de juegos) y métodos empíricamente razonables (la estadística y la econometría) para analizar los efectos de los precios implícitos que las leyes imponen sobre el comportamiento (p.16).

Respecto de la importante tarea que comporta dedicarse a este nuevo campo de estudio, se destaca la aseveración que hace Gutiérrez Ossa (2012) cuando se refiere la tarea de los nuevos juristas:

El AED tiene entre sus particularidades la presencia activa de economistas que hacen las veces de jueces económicos o peritos en temas de legislación económica internacional y de negocios internacionales. Su tarea consiste en mediar entre los mecanismos que expone el derecho con las condiciones económicas de los sujetos llevados a juicio o expuestos a los casos, ya sea para tomar el componente económico como parangón de las disposiciones legales o para indicar la capacidad de impacto de las acciones legales sobre las sanciones impuestas (pp. 128-129).

Al tratarse de un nuevo nicho de estudio para los juristas, el estudio del AED se ha desarrollado por etapas y ha adquirido diversos matices. A este respecto dice Doménech Pascual (2014):

El análisis económico puede ser positivo o normativo. En el primer caso, se estudia cómo actúan realmente las personas en condiciones de escasez; cómo asignan, de hecho, sus limitados recursos. En el segundo, se trata de formular juicios acerca de lo que debería hacerse, sobre cómo deberían emplear las personas sus recursos para maximizar la satisfacción de ciertos fines (p. 102).

En detalle y a profundidad se exponen las generalidades de la doctrina del Análisis Económico del Derecho por parte del autor Aguirre Soriano (2014) así:

El Análisis Económico del Derecho metodológicamente se aborda desde dos enfoques: Análisis Económico normativo del Derecho y Análisis Económico positivo del Derecho. El primer enfoque tiene por objeto el planteamiento del deber ser, del contenido de una institución jurídica, es decir, sin pretensiones normativas, fundamentando teóricamente cuál sería la medida jurídica más óptima para un problema, esto es, el más adecuado contenido de una norma, con base en criterios rectores, de eficiencia económica. El segundo enfoque tiene por objeto el análisis y evaluación del funcionamiento de las normas ya existentes, para determinar el efecto y resultado de las mismas, a través de la observación de las interacciones entre los sujetos y tales normas en particular, valorando así la eficiencia o ineficiencia de las disposiciones objeto de análisis (pp. 97-98).

Como bien lo menciona en su trabajo titulado: “Análisis Económico del Derecho, Ciencia del Derecho y Justicia” la autora Ayala Rojas (2015) sostiene:

El AED es una corriente *jus* filosófica compleja que nace como tal en 1930 en los Estados Unidos de Norteamérica. Es una nueva mirada al Derecho desde la Economía, quien le proporciona leyes, métodos y conceptos que el Derecho usa para la resolución de los problemas jurídicos (p. 77).

5.3.2. Objeto del Análisis Económico del Derecho.

No es un secreto que para los diferentes exponentes de esta teoría resulta inexorablemente importante resaltar conceptos que se incorporan desde la teoría económica clásica como lo es “el problema de la eficiencia”. Sobre este respecto anotan los autores lo siguiente:

Para responder el AED recurre a la eficiencia desde el concepto microeconómico definido por el economista italiano Wilfredo Pareto. Entiende que las normas jurídicas son intentos de maximizar la riqueza, la situación óptima o el bienestar agregado; y por lo tanto, la mejor ley es la que efectivamente se cumple, es decir la que se practica en la realidad, la que concreta su eficiencia efectivamente porque responde a esa premisa. La noción de eficiencia asume así, aspectos de celeridad y rapidez como criterios de utilidad. Los problemas procesales tratados por el AED encuentran sustento epistémico en este principio, que es desarrollado en profundidad por los juristas que afirman que la eficiencia es el fin prioritario del derecho y que coincide con la justicia (Ayala Rojas, 2015, p. 79).

En lo que respecta al objeto de estudio y definición de esta corriente del pensamiento jurídico, Bejarano (1999) sostiene:

Denominado en los términos de la cultura anglosajona como *law and economics* el análisis económico del derecho define un campo de aplicación de la teoría económica (principalmente la microeconomía y las bases conceptuales de la economía del bienestar) al examen de la formación, estructura, procesos e impactos económicos de la ley y de las instituciones legales (p. 155).

Así, las cosas vemos como tienen preponderancia entre los académicos la aplicación de la teoría económica a asuntos legales que anteriormente no consideraban admisible la utilización de estas herramientas para el normal desarrollo de las actividades propias de los juristas.

Bejarano (1999) puntualiza acertadamente a este respecto cuando habla del impacto de esta nueva convergencia entre Derecho y Economía, cuando acota:

Por otro lado, la introducción del análisis costo-beneficio en el proceso de toma de decisiones legales significa, para la teoría jurídica, la posibilidad de hablar en un lenguaje

compatible con el de los economistas y de recurrir al aparato analítico de estos para examinar y cuantificar los efectos del derecho (p. 157).

Posición con la que posteriormente complementa diciendo: “Lo primero induce al examen de los incentivos para el seguimiento y acatamiento de las conductas jurídicas, y lo segundo implica el examen de la ley como contexto limitante en el examen de las decisiones económicas” (Bejarano, 1999, p. 157). Con total acierto sentencia Doménech Pascual (2014): “El AED plantea los problemas jurídicos como problemas económicos” (p. 102). Por tal razón debemos partir desde la premisa de que el Derecho y la Economía hoy son objetos de estudio que se han entrelazado, o mejor, se han acercado mucho más en aras del mejoramiento continuo de las instituciones legales.

Existen también diversos tipos de AED, como lo son el análisis positivo y el análisis normativo. Para el análisis positivo el objeto de estudio son los hechos, los cuales pueden ser de dos tipos de acuerdo a Doménech Pascual (2014):

En primer lugar, analizar cuáles son o pueden ser las consecuencias reales de las normas jurídicas (ya sean de origen constitucional, legal, administrativo, judicial, privado, etc.), precisar cómo reaccionará la gente frente a una determinada norma y cuáles serán los costes y beneficios que para la consecución de ciertos fines se derivarán de tal reacción (p. 104).

Para el segundo tipo de hechos sostiene el mismo autor Doménech Pascual (2014) lo siguiente:

En segundo lugar, la manera cómo influyen determinadas circunstancias reales en el contenido y forma de ciertas decisiones jurídicas. La teoría económica se ha utilizado para

explicar, por ejemplo, por qué ciertas regulaciones legislativas adoptan determinados contenidos y no otros, o cómo influyen los sistemas retributivos de los jueces o su ideología sobre el sentido de sus decisiones (p. 105).

Para el caso del análisis normativo, éste se encarga de estudiar qué es lo que los agentes (entendidos estos ya sea como el legislador, la Administración, los jueces, las partes de un contrato, etc.), teniendo en cuenta las consecuencias esperadas de sus distintos modos de actuar, deberían hacer, qué decisiones deberían tomar, cuáles normas deberían en un determinado caso establecer, con el fin de maximizar la satisfacción de ciertas preferencias (Doménech Pascual, 2014, 105).

5.3.3. Características del Análisis Económico del Derecho.

Gutiérrez Ossa (2008) aporta con suficiente claridad una caracterización del AED en los siguientes términos:

- a. Corriente Positiva: El objeto es la eficiencia y la función del Derecho en hacer que el mercado funcione para lograrla. Se ha criticado a esta posición por ser paneconomicista, por allanarse excesivamente a las demandas del mercado, por despreocuparse del derecho, por ser incompatible con la tradición del derecho civil continental de base romanista.
- b. Corriente Normativa: El Derecho no solo adopta sino que regula al mercado corrigiendo sus imperfecciones Guido Calabresi.
- c. Método del Constructivismo Jurídico: Gary Ackerman: Es la continuada hostilidad hacia el formalismo lo que condenará a los Juristas a la impotencia de la investigación en la era moderna y que permitir que los alumnos se reciban sin un mínimo conocimiento de razonamiento estadístico y económico constituye un escándalo. – también critica al jurista economicista por ser incompleto (p. 18).

Posteriormente Gutiérrez Ossa (2008), continúa con su impecable teorización sobre los presupuestos teóricos del AED, de la siguiente manera:

1. Individualismo Metodológico: Rechaza toda idea de planificación centralizada.
2. Utilización de Modelos Analíticos: El análisis económico utiliza un modelo: El mercado como método de asignación de recursos. No es la primera vez que el derecho adopta modelos, ya que lo ha hecho con la sociedad originaria de hobbes o el Contractualista de Rousseau, o las más modernas de Rawls.
3. Modelo del Hombre Racional y el Hombre Razonable: afirma Rawls que lo razonable es la capacidad de comprender la Justicia, y se ve representada por las distintas restricciones en las que se someten los sujetos de la situación original y las condiciones impuestas a su acuerdo.

En cambio la economía prefiere el análisis ex ante, se basa en el modelo del hombre cuidadoso y previsor. Si es cierto que el hombre es un ser racional maximizador de su propio interés y que la gente responde a ellos, se puede deducir predicciones sobre lo que harán los hombres; esto es, las leyes. Además, se puede establecer que cambiando los incentivos se pueden cambiar las conductas.

4. Niveles de Optimalidad: El óptimo presentado por Pareto señala que el nivel de eficiencia se alcanza en una situación en que solo se consigue una mejora para alguien, si al menos otra sufre por tal, motivo un perjuicio. La regla de Kaldor–Hicks establece que una decisión en virtud de la cual al menos un miembro de la sociedad resulta favorecido y como mínimo otro resulta perjudicado, solo debe tomarse si resulta posible indemnizar al perjudicado en beneficio del favorecido. Este principio puede ser aplicado para resolver muchos problemas indemnizatorios.

5. Teorema de Coase: De ello se deduce que el derecho está enfocado a garantizar que funcione el modelo de competencia perfecta; debe reducir la existencia de fallas del mercado como las externalidades, monopolios, garantizar condiciones de libertad y seguridad; en definitiva, reducir los costos de transacción cuando ello no es posible y los costos de transacción son tan altos que dificultan la acción del mercado, el derecho debe proveer una solución, pero esta debe ser modélicamente fundada en la lógica de lo que harían dos sujetos negociando libremente.

6. Costos de Transacción: En búsqueda de la eficiencia mediante acuerdos privados, las partes pueden encontrar una serie de obstáculos que pueden ser denominados costos de transacción. Para Mathews son los costes derivados de la suscripción ex ante de un contrato y de su control y cumplimiento ex post, al contrario de lo que los costes de producción que son los costes de ejecución de un contrato. “Mathews, the Economics of Institutions and the Sources of Growth”. *Economics Journal*. Diciembre de 1996. El costo de tomar la iniciativa de negociar con otro, el de identificar a todas las partes involucradas en el conflicto, el de comunicarse con ellos, el de convencerlos de realizar ofertas, el de alcanzar un acuerdo, el que resulte de una negociación, el de la obtención de información sobre precios y calidad; la información legal; el control del comportamiento de los contratantes. El derecho privado tiene una relación muy estrecha con este concepto, y se relaciona con el nivel de intervención admisible en el funcionamiento del mercado a fin de despejar o no esos costos de transacción.

7. Costo de Oportunidad: Una suerte de lucro cesante que se produce al no haber podido utilizar el bien de otra manera más eficiente. En el plano jurídico tiene gran relevancia, siempre y cuando tenga una valoración del coste beneficio de cada acción, siempre que se trate de elementos cuantificables (pp. 18-19).

A propósito de este último presupuesto teórico del AED enunciado por el autor anteriormente citado, acota Ayala Rojas (2015) lo siguiente respecto del costo de oportunidad:

Tomar decisiones eligiendo entre un conjunto de opciones, importa siempre un costo o sacrificio a considerar, en relación con el interés o beneficio a cubrir; lo que implica para el análisis económico, que nada es gratuito. Aún tratándose de la mejor de las posibilidades de vida, la variable temporal siempre es limitada, finita, porque la vida lo es; y quedarán en el mejor de los casos para otro momento y sometidas a incertidumbre, una o varias de las opciones (p. 80).

Respecto del rol que debe cumplir el AED en esta nueva relación que sostiene junto los aspectos legales y económicos de las normas, aporta notablemente Gutiérrez Ossa (2012):

El papel que debe cumplir el AED para complementarse con el derecho económico consiste en que este pueda mostrar, en atención a las acciones justicia, los campos no observados o las salvedades obviadas por el proceso legal. De hecho, el AED se presta como variable espejo en el cual se socializa la medida legal como un hecho de correspondencia general o social, sobre la cual también debe prevalecer un estado de justicia colectiva o, por lo menos, que las acciones ordinarias de la ley tengan aceptación o recibo de toda la sociedad (p. 129).

Pasamos ahora al estudio de los incentivos al interior de la corriente del Análisis Económico del Derecho, sobre este respecto anota Bejarano (1999):

Para los economistas las sanciones son como los precios, y se supone que los individuos responden a estas sanciones de una manera muy similar a como responden a los precios, es decir, consumiendo menos del bien más caro, de modo que, en teoría, los individuos responden ante las sanciones legales más severas realizando menos la actividad sancionada. Así, la ley funciona más que en el marco de la sanción, en el de los incentivos

para el cumplimiento de normas. La economía ofrece entonces una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes (p. 159).

Es importante este planteamiento para la doctrina del AED ya que el mismo se erige como una premisa que informa todos los demás planteamientos subsiguientes. Este planteamiento, traído claramente, desde la teoría microeconómica clásica, es retomado por los autores de esta doctrina como epicentro, y es de esta manera en la que se organizan los enfoques utilizados para describir el comportamiento que despliegan los agentes económicos al interior de los mercados. Es por medio de este enfoque, que se equiparan, o más bien, se intenta encuadrar las conductas que anteriormente se creían solamente relevantes en el ámbito económico, a conductas relevantes o significativas para el ordenamiento jurídico. Aquí se apela a la racionalidad, diremos innata de los actores, esto es, se toma como presupuesto que todos los actores actúan racionalmente e intentando maximizar en lo posible su utilidad en cualquiera de las acciones que despliega al interior del mercado. De esta manera, obtenemos que los incentivos ofrecidos por el mercado son asimilados como precios, y que serán estos precios evaluados en términos de impacto económico para el actor.

Esta situación es ejemplificada con una hipótesis sustraída desde el Derecho Penal y la Criminología por Cárdenas Anaya (2011) así:

De acuerdo con Becker, para tomar la decisión de cometer o no un *crimen*, un agente económico racional analiza el beneficio económico neto asociado a dicha actividad. Específicamente, el agente tiene en cuenta el ingreso derivado de la decisión de delinquir menos el costo, el cual está asociado al castigo que obtendría en caso de ser descubierto y la probabilidad de ser castigado (p. 5).

Con lo anterior, tenemos que, se trata de una dinámica entendida desde el análisis económico, la cual se puede aplicar como método evaluativo antes de realizar cualquier acto. Esto es, todo lo que cualquier individuo puede hacer, en virtud de la libre autodeterminación con la que goza, se puede evaluar, al menos desde el fuero interno, como una constante toma de decisiones finitas en un mercado lleno de ofertas infinitas que se encuentran determinadas por el costo de oportunidad.

El análisis del criterio maximizador lo podemos hacer siguiendo las precisiones que hace al respecto Méndez Reátegui (2008) refiriéndose al mentado criterio así:

A través de este criterio se busca afirmar que los participantes dentro de un mercado actúan de forma que buscan maximizar su bienestar individual tomando la decisión que consideran como la más provechosa para sus intereses. Está actitud que se encuentra implícita en la conducta, no se debe relacionar con lo que colectivamente se entiende como bueno o malo, útil o inútil, pues se parte de un criterio netamente subjetivo (individual) (pp. 44-45).

Teniendo en cuenta el precitado concepto, continua Méndez Reátegui (2008) con su breve explicación desglosando uno a uno los elementos, que, de acuerdo a su criterio, componen el análisis del criterio maximizador, así:

El análisis costo - beneficio parte del presupuesto del individuo maximizador, entendiendo por este a aquel individuo que de un abanico de posibilidades opte por aquella que considera le proporcionará una mayor utilidad y en la que se observe además una mayor facilidad de acceso. A fin de hacer una precisión conceptual haremos mención de las siguientes nociones: a. Necesidad: definida como la sensación de apetencia, carencia, angustia, anhelo que el hombre siente y que lo impulsa a buscar su satisfacción

realizando las más diversas actividades. b. Utilidad: percepción subjetiva de la capacidad de un bien para satisfacer una necesidad presente o futura. También es definida como el placer que se obtiene del consumo de un bien o como simplemente la diferencia entre el costo y el beneficio de este. c. Valor: concepto que en su concepción más moderna señala que el grado de utilidad de un bien y por ende su respectiva estimación es puramente subjetiva. Los bienes no valen por sí mismos sino según el criterio u opinión de cada individuo. d. Precio de reserva: que es la cantidad mínima por la cual un individuo realizaría una transacción, este es eminentemente subjetivo y variará de acuerdo a la situación o estado en la que cada individuo se encuentre. e. Costo de oportunidad: entendido como el costo asumido por la pérdida de la alternativa sacrificada o de la segunda mejor actividad alternativa. Su medición está en función al beneficio al que se renuncia al no utilizarlo en su mejor uso alternativo. f. Precio o valor institucionalizado: resultado de una estimación aproximativa de la valoración agregada de un conjunto de individuos (pp. 44-45).

5.4. Derecho de la competencia

5.4.1. Orígenes del Derecho de la Competencia.

En el marco del presente estudio, es menester abordar por igual el asunto relativo al Derecho de la Competencia, puesto que, este enmarca las reglas relativas a cómo se originó esta rama del derecho, por qué se originó como tal, cómo se estructura en el derecho colombiano y las implicaciones que este tiene respecto de la configuración de las prácticas restrictivas de la competencia en el ordenamiento jurídico nacional.

Así las cosas, el derecho de la competencia moderno surge a finales del siglo XIX en los Estados Unidos de Norteamérica con la ley antimonopolios propuesta por el entonces senador republicano del Estado de Ohio, John Sherman, en el año 1890, y sancionada por el presidente Benjamin Harrison el 2 de julio del precitado año. En inglés conocida como: *Sherman Antitrust Act of 1890*, es una ley antimonopolios que regula la competencia entre las empresas. Esta Ley, en líneas generales, prohíbe los acuerdos anticompetitivos y las conductas unilaterales que monopolicen o intenten monopolizar el mercado. El propósito del *Sherman Act* no es proteger a los competidores del daño hecho por negocios legalmente constituidos, tampoco el de restringir a los empresarios de obtener ganancias legítimas de los consumidores, sino más bien el de preservar un mercado competitivo para proteger a los consumidores de los abusos. Esta medida fue la primera ley federal que abolió las prácticas empresariales monopolísticas. Se basó en el poder constitucional que poseía el Congreso de los Estados Unidos para regular el comercio interestatal, puesto que, otros estados ya poseían leyes similares, pero solo se circunscribían a las operaciones comerciales ocurridas dentro de la jurisdicción del estado que las había promulgado.

En el lenguaje jurídico anglosajón encontramos que el término *trust*, ya poseía un significado propio y definido (donde una persona administraba bienes o dinero de otra persona en favor de una tercera persona o beneficiario), no obstante, a finales del siglo XIX el término era utilizado comúnmente para describir a los grandes conglomerados empresariales, debido a que era esta figura jurídica (*trust*) la que se utilizaba para efectos de fusionar empresas o compañías. De este modo, un *trust* era un acuerdo por medio del cual accionistas de diversas compañías transferían sus acciones a un mismo fideicomisario. A cambio los accionistas recibían bonos que los facultaban a percibir dividendos de las ganancias consolidadas de las empresas que conformaban

todo el grupo empresarial. De esta forma los *trust* dominaron la gran mayoría de las industrias en perjuicio de la libre competencia.

Por ejemplo, el 2 de enero de 1882, la *Standard Oil Trust* fue creada. El abogado Samuel Dodd de *Standard Oil* primero tuvo la idea de crear un *trust*. Una junta de fideicomisarios fue establecida, y todas las propiedades de *Standard Oil* fueron puestas en sus manos. Todos los accionistas recibieron 20 certificados de fideicomisos por cada acción de la *Standard Oil*. Todas las ganancias de las compañías del grupo empresarial eran enviadas a los nueve fideicomisos, quienes determinaban la repartición de los dividendos o utilidades. Los nueve fideicomisos designaban a los gerentes y directores de las empresas que conformaban el *trust*. Esto le permitió a la *Standard Oil* funcionar como un monopolio debido a que los nueve fideicomisos administraban a todas las empresas en conjunto.

El *Sherman Act* autorizó al Gobierno Federal a instituir procedimientos en contra de los *trust* con el fin de disolverlos. Cualquier combinación en la forma de *trust* u otra semejante en desmedro del intercambio comercial entre diversos estados o entre naciones era declarada ilegal. Las personas que formaban parte de dichas operaciones eran objeto de multas que ascendían a la suma de \$5.000 USD y penas de un año en la cárcel. Los individuos y las compañías que sufrían pérdidas debido a los *trust* les eran permitido a demandar en una corte federal por el triple de los daños y perjuicios causados.

Sobre este respecto anota puntualmente Miranda Londoño (2011) en su artículo “Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia: la Ley 155 de 1959 y su legado”:

La ley Sherman (*Sherman Act*), que es aún la ley fundamental del derecho antimonopolios en los Estados Unidos, fue creada con objeto de destruir aquellas combinaciones

tendientes a restringir la competencia. Para ello, la ley Sherman prohíbe los acuerdos tendientes a restringir el comercio y todos los actos tendientes a obtener un monopolio sobre cualquier parte del mercado. La ley Sherman, y los demás estatutos antimonopolios aprobados por el Congreso de Estados Unidos, establece reglas generales que han sido desarrolladas por las cortes federales durante algo más de un siglo, creando una compleja estructura de jurisprudencia que ofrece respuesta a los casos específicos. La experiencia estadounidense, como es bien sabido, ha servido de base y ejemplo a la mayoría de los demás países y a la Unión Europea (p. 67).

5.4.2. Características del Derecho de la Competencia.

De este modo, tenemos que traer a colación algunas precisiones respecto de la terminología usada en este trabajo y sus implicaciones en el contexto económico hechas por Miranda Londoño & Gutiérrez Rodríguez (2007):

De acuerdo a la doctrina convencional, los acuerdos económicos (en inglés, *corporate trusts*) y carteles de precios (en inglés, *pooling arrangements*), que operaban en todo el país entre la época entre la guerra civil y el año de 1890, permitían a los empresarios hacer acuerdos para fijar precios y dividirse los mercados. Así, las normas antimonopolio surgieron como una respuesta del Estado a las restricciones generadas por estos fenómenos económicos (p. 217).

Aunado a lo anterior, destaca respecto del derecho de la competencia en Europa, Miranda Londoño (2011) lo siguiente:

Así, se observa que en la Unión Europea, los originales artículos 85 y 86 del tratado de Roma, que fueron sustituidos por los artículos 81 y 82 del Tratado de Ámsterdam, establecen una prohibición de tipo general y a renglón seguido presentan una lista no taxativa de conductas que caen dentro de la prohibición general. Hoy día el derecho europeo de la competencia se encuentra regulado por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En el artículo 101 de este tratado se prohíben los acuerdos y otras prácticas anticompetitivas; mientras que en el artículo 102 se prohíben las conductas de abuso de la posición dominante y se encuentra el fundamento para el control de las concentraciones empresariales; y en el artículo 107 se establecen las normas sobre control para la ayuda estatal (pp. 67-68).

Honnefelder (2019) ofrece una visión general sobre el funcionamiento del ordenamiento jurídico europeo en materia de competencia económica:

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea regula la política de competencia en el mercado interior en sus artículos 101 a 109, que prohíben los acuerdos entre empresas que sean contrarios a la libre competencia. Se prohíbe que las empresas que tengan una posición dominante en el mercado abusen de ella para influir en el comercio entre los Estados miembros. La Comisión Europea controla las operaciones de concentración y de absorción de dimensión comunitaria y puede prohibirlas en determinados casos. Se prohíben también las ayudas de Estado que beneficien a determinadas empresas o productos y que falseen la competencia, aunque en ciertos casos pueden autorizarse (p. 1).

Continúa la precitada autora exponiendo brevemente, y en líneas generales, el objetivo que tiene la normatividad de protección de la competencia en Europa, así, Honnefelder (2019):

El objetivo fundamental de la legislación de la Unión en materia de competencia es proteger la competencia frente al falseamiento. Sin embargo, una competencia efectiva no es un fin en sí mismo, sino una condición para la realización de un mercado interior libre y dinámico, y representa uno de los instrumentos que contribuyen al bienestar económico general (p. 1).

En ese sentido, es oportuno acotar entonces, que el espíritu de la normatividad en materia de competencia económica busca prevenir abusos que vayan en perjuicio de los demás actores económicos, así como también de los consumidores, ya que con esto el Estado colombiano espera garantizar un orden económico justo para todos por igual, encaminado en hacer efectivos los derechos consagrados en la Constitución de 1991.

Traemos a colación la opinión sobre el objeto y los fundamentos del derecho de la competencia obtenida de la lectura de Ortega SÁCHICA (2016) que dice lo siguiente:

El derecho de la competencia o derecho antimonopolio (Antitrust Law), como es más conocida mundialmente esta disciplina jurídico-económica, tiene como propósito fundamental el adecuado funcionamiento del modelo de economía de mercado y de los principios que la orientan, es decir que exista libertad de entrada y salida del mercado, que la fijación de precios se establezca conforme a la ley de oferta y demanda, que haya un mantenimiento de la calidad de los bienes y servicios que se ofrecen en el mismo y se garantice la libertad de elección del consumidor. Bajo dichos presupuestos se orienta el desarrollo de la política de libre competencia, la cual surge como la garantía fundamental que sustenta el modelo de desarrollo económico de libre mercado el cual necesariamente requiere del amparo de un marco jurídico para responder a los desafíos que impone la

apertura económica, que como fenómeno propio de la globalización, debe ser tenido en cuenta cuando se habla de política de competencia (p. 332).

Galvis Macías (2018) expone lo que, bajo el criterio de la Honorable Corte Constitucional, comprende el derecho de la libre competencia económica en el ordenamiento jurídico colombiano:

En tal sentido, según lo ha reconocido la misma Corte Constitucional colombiana, el derecho a la libre competencia comprende la posibilidad de que el empresario o sujeto económico: i) concurra de manera libre al mercado, ii) ofrezca las condiciones y ventajas que considere al consumidor de sus productos o servicios y, iii) contrate con cualquier consumidor o usuario el suministro o prestación de los mismos, lo que por su parte implica entender a la libre competencia como sinónimo de libertad de concurrencia al mercado (p. 16).

En Colombia, de acuerdo a lo expuesto por la Corte Constitucional en la Sentencia C-263 de 2011, se reconocen dos tipos de libertades económicas a saber:

En el modelo de economía social de mercado se reconocen las libertades económicas en cabeza de los individuos, entendidas éstas como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio; libertades que no son absolutas, pudiendo ser limitadas por el Estado para remediar las fallas del mercado y promover desarrollo con equidad. Se reconocen dos tipos de libertades económicas: la libertad de empresa y la libre competencia. Si bien las libertades económicas no son absolutas, éstas solamente pueden ser restringidas cuando lo exija el interés social, el ambiente y el

patrimonio cultural de la Nación y, en virtud de los principios de igualdad y razonabilidad que rigen la actividad legislativa, cualquier restricción de las libertades económicas debe (i) respetar el núcleo esencial de la libertad involucrada, (ii) obedecer al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señaladas en la Constitución, y (iii) responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En la misma Sentencia anteriormente citada, continúa con su exposición la Corte Constitucional, definiendo conceptos como la libertad de empresa y la libre competencia:

La libertad de empresa comprende la facultad de las personas de “(...) afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia”. Esta libertad comprende, entre otras garantías, (i) la libertad contractual, es decir, la capacidad de celebrar los acuerdos que sean necesarios para el desarrollo de la actividad económica, y (ii) la libre iniciativa privada. Su núcleo esencial comprende, entre otras prerrogativas, (i) el derecho a un tratamiento igual y no discriminatorio entre empresarios o competidores que se hallan en la misma posición; (ii) el derecho a concurrir al mercado o retirarse; (iii) la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa como la organización empresarial y los métodos de gestión; (iv) el derecho a la libre iniciativa privada; (v) el derecho a la creación de establecimientos de comercio con el cumplimiento de los requisitos que exija la ley; y (vi) el derecho a recibir un beneficio económico razonable. La libre competencia consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un

marco de igualdad de condiciones y comprende, de conformidad con jurisprudencia constitucional, al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario. Para garantizar la libre competencia, el Estado es entonces responsable de eliminar las barreras de acceso al mercado y censurar las prácticas restrictivas de la competencia, como el abuso de la posición dominante o la creación de monopolios (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-263 de 2011).

Así las cosas, es menester pasar a la revisión de conceptos inmersos en la normatividad vigente en Colombia en materia de prácticas restrictivas de la competencia.

5.4.3. Prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

El primer antecedente que existe en Colombia en cuanto a producción legislativa, respecto de prácticas restrictivas de la competencia, lo encontramos en la Ley 155 de 1959. Allí quedó establecido en su primer artículo, el cual fue modificado por el Decreto 3307 de 1963, lo siguiente:

Artículo 1º- Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

En el precitado artículo podemos apreciar que el carácter general de esta Ley es enunciar la prohibición de ciertas prácticas por ser lesivas del derecho constitucional a la libre competencia. De este modo, dicha Ley se constituye como el primer esfuerzo tendiente a proteger el correcto y libre funcionamiento de los agentes que integran los mercados nacionales.

Al respecto del papel que tuvo esta primera ley en materia de protección de la libre competencia, encontramos lo expuesto por Gama Rojas (2017):

En Colombia, tuvimos que esperar más de 50 años para que una ley regulara las prácticas comerciales restrictivas, dicha reglamentación vino a darse con la expedición de la ley 155 de 1959, normativa que, aunque inauguró los preceptos que hoy reconocemos como el objeto fundamental del derecho de competencia vigente, careció de aplicación durante un largo tiempo. La estancada ley 155 de 1959, introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano la prohibición expresa de celebrar acuerdos que tuvieran por objeto limitar la libre competencia, pero dejó aspectos muy generales, desprovistos de procedimiento y con graves problemas estructurales que según parece impidieron unificar criterios y aplicar la norma (p. 4).

Pasaremos a citar lo que, de acuerdo a la Superintendencia de Industria y Comercio, son los acuerdos anticompetitivos:

Un acuerdo anticompetitivo es todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia o tenga la potencialidad de surtir uno de estos efectos.

Los acuerdos contrarios a la competencia pueden ser anticompetitivos por sí mismos o por sus efectos. A los primeros se les denomina carteles.

Continuando con la exposición que sobre el tema hace la Superintendencia de Industria y Comercio, encontramos que los acuerdos anticompetitivos se pueden presentar en diferentes lugares de la cadena de producción, así:

- Se llama acuerdos horizontales a aquellos pactos entre empresas que proveen bienes o servicios similares o sustitutos en un único eslabón de la cadena de producción.

Ejemplo de lo anterior es acuerdo entre los productores de maíz.

- Se llama acuerdos verticales a aquellos convenios entre agentes económicos que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción, por ejemplo, el que surgiría entre un productor de maíz y un distribuidor mayorista de arepas.

La normatividad vigente considera que un acuerdo puede ser anticompetitivo por su objeto o por su efecto. Son anticompetitivos por su objeto aquellos acuerdos cuyo fin, sin importar que hayan sido efectivamente ejecutados en el mercado, los califica como tal. Un acuerdo es anticompetitivo por su efecto cuando el resultado del mismo, sin importar el fin de las partes, tiene efectos anticompetitivos en el mercado.

Para la Superintendencia de Industria y Comercio vemos que el problema de la cartelización es pronunciado, así que expone al respecto de los efectos nocivos de dicha práctica:

Las empresas que participan en un mercado como un cartel lo hacen con el fin de pactar precios, definir cuotas de producción o repartirse mercados. Así las cosas, se forman carteles con el fin de eliminar la presión ejercida por las empresas de la competencia toda vez que, de no existir el cartel, las empresas se ven forzadas a mantener precios bajos e innovar en sus productos y métodos, y/o a mejorar la calidad de éstos. El cartel permite

mantener precios más altos, precios fijos, menor variedad y menor calidad de bienes y servicios, lo cual repercute en los consumidores.

De acuerdo con el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan por objeto o como efecto:

- Fijar directa o indirecta los precios de bienes y servicios.
- Determinar las condiciones de venta o condiciones de comercialización que sean discriminatorias para con terceros.
- Repartir mercados entre productores o entre distribuidores.
- Asignar cuotas de producción o cuotas de suministro.
- Asignar, repartir o limitar fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
- Limitar desarrollos técnicos.
- Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituyan el objeto del negocio, o los acuerdos para lograr ventas atadas.
- Abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.
- Coludir en licitaciones o concursos públicos o lograr la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
- Impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Continuando con la exposición que hace la Superintendencia de Industria y Comercio, a continuación, expondremos el concepto de posición dominante, el concepto de mercado relevante y las conductas que constituyen abuso de posición dominante, respectivamente:

El término "posición de dominio" se refiere a la capacidad que tiene una empresa para determinar las condiciones del mercado relevante en el que participa. Esto quiere decir que la empresa tiene la posibilidad, sin tener en cuenta que hacen sus competidores, de definir precios, montos de producción, calidad de sus bienes, etc., independientemente de las presiones de la competencia. Esto, en consecuencia, puede afectar a su favor a los competidores o consumidores participantes en el mercado.

El mercado relevante es un concepto fundamental en el derecho de competencia. La descripción del mercado relevante permite establecer los bienes y servicios respecto de los cuales recae una restricción de la competencia, así como el ámbito geográfico que comprende el mercado afectado. En ese sentido, la identificación del mercado afectado implica describir tanto el mercado de producto, como el mercado geográfico.

En el mercado de producto se determinan las características de un producto o, en otras palabras, las particularidades que lo definen, es decir, las cualidades que pueden usarse para diferenciarlo y singularizarlo respecto de otros similares o semejantes.

El mercado geográfico relevante es definido en función del área geográfica en donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante por parte de los consumidores.

De acuerdo con el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

- La disminución de precios por debajo de los costos, también llamados precios predatorios.

- La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones similares.
- La subordinación del suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio.
- La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
- Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
- Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Finalmente, profundizando con la exposición que hace la Superintendencia de Industria y Comercio, seguidamente expondremos qué es una integración empresarial, por qué se deben analizar las integraciones empresariales y la excepción de eficiencia, respectivamente:

Integración es cualquier mecanismo utilizado para adquirir el control de una o varias empresas o para adquirir el control de una empresa en otra ya existente o para crear una nueva empresa con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente. El término integración implica, sin importar la forma jurídica de la operación, la combinación de una o más actividades en las cuales cesa la competencia entre las empresas que llevan a cabo la integración, posterior al perfeccionamiento de la misma. Una Integración horizontal es

aquella realizada entre empresas que participan en el mismo eslabón de la cadena de valor y una Integración vertical es aquella realizada entre empresas ubicadas en diferente eslabón de producción y/o distribución, pero en la misma cadena de valor.

La Superintendencia de Industria y Comercio realiza esta labor con el fin de evitar que, cuando las empresas se integren, se produzca una indebida restricción de la libre competencia evitando concentraciones de poder económico en el mercado que desequilibren el balance propio de la competencia creando distorsiones que lleven a la coordinación de comportamiento o fortaleciendo una posición dominante de la que se pueda abusar.

Conforme con el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada.

Conforme con el artículo 12 de la Ley 1340, la Superintendencia podrá reconocer la Excepción de Eficiencia. Así, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá no objetar una integración empresarial si los interesados demuestran dentro del proceso respectivo, con estudios fundamentados en metodologías de reconocido valor técnico, que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios.

Las excepciones son concedidas para que se puedan lograr resultados positivos que beneficien el interés público, los cuales no podían alcanzarse si no se otorgasen. Estos

resultados positivos comprenden el mejoramiento de la competitividad de las empresas, de los procesos de producción y distribución, entre otros que proveen beneficios a los consumidores y a la economía.

5.5. Derecho administrativo sancionador

Ahora, pasaremos a la revisión de esta rama del Derecho que guarda relación con nuestro objeto de estudio, pues es a partir de los presupuestos que estructuran dicha rama que podremos ahondar en el tema de la sanción administrativa como respuesta al fenómeno de la cartelización, ya que la mentada sanción administrativa actúa como desincentivo para los distintos agentes del mercado que tengan el potencial de transgredir las normas de protección de la libre competencia económica.

La autora De la Cruz Rolong (2018) puntualiza respecto de la sanción administrativa, lo siguiente:

La doctrina define la sanción administrativa, como un perjuicio, quebranto o agravio, un daño aplicado a un tutelado mediante un acto administrativo de carácter coactivo, producto de su actuar al margen de las normas, es decir que es el efecto de la comisión de una infracción administrativa y que se puede manifestar o exteriorizar con la orden de una obligación de hacer, a través de la privación de un bien, un derecho o con ambas (p. 41).

De acuerdo a Ramírez Torrado & Aníbal Bendek (2015), las sanciones administrativas provienen de la misma potestad que tiene el Estado para sancionar en materia penal, así:

El *ius puniendi* del Estado ha sido definido como el poder que ostentan las autoridades, no solo penales, sino también administrativas, para el adecuado funcionamiento del aparato

estatal. Entonces, en el poder sancionador se congregan, junto al derecho penal, otras modalidades del ejercicio sancionador, como el contravencional o policivo, disciplinario, correccional o correctivo, y al que la Corte Constitucional le ha agregado otra manifestación más: el derecho de punición por indignidad política o *impeachment* (pp. 111-112).

En consonancia con lo anteriormente expuesto, prosiguen Ramírez Torrado & Aníbal Bendek (2015) así:

Este poder de la administración se origina básicamente en el incremento de las funciones del Estado, ya que se pasa de un modelo no intervencionista a uno intervencionista: Estado Social de Derecho, en el que es necesario que la administración esté revestida de una serie de poderes para alcanzar los fines que persigue en su nuevo rol. Y al mismo tiempo, regula, mediante la amenaza de una sanción o de la entrega de un subsidio, las conductas de los individuos. El poder sancionador de la administración se traduce normalmente en la sanción correctiva y disciplinaria para reprimir las acciones u omisiones previstas en las infracciones. En el caso de las sanciones disciplinarias, la finalidad principal “es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos”. Y se manifiesta en “la potestad de los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios, con el propósito de preservar los principios que guían la función administrativa señalados en el artículo 209 constitucional (moralidad, eficiencia, celeridad, igualdad, economía, imparcialidad y publicidad”. Aunque nada impide que se pueda sancionar disciplinariamente a particulares que cumplen funciones públicas o a profesionales que tienen determinados deberes especiales (pp. 113-114).

Al respecto de esta potestad sancionatoria que tiene el Estado colombiano, anota la Corte Constitucional en Sentencia C-818 de 2005 lo siguiente:

Es innegable que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas.

Prosigue en su explicación la Corte Constitucional de los orígenes de esta modalidad punitiva del Estado y su diferenciación con la justicia penal, cuando señala:

El derecho administrativo sancionador, en términos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, supone una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, en la medida en que la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera exclusiva al poder judicial, y más concretamente a la justicia penal. En efecto, el modelo absoluto de separación de funciones del poder público, se reveló como insuficiente ante el incremento de deberes y obligaciones de los particulares, como de funciones públicas de los servidores del Estado, que ante su incumplimiento merecían la imposición de una sanción. Sin embargo, no todas las infracciones eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a los intereses que se pretendían proteger con cada una las disciplinas del derecho punitivo del Estado, se distinguieron aquellas que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para la justicia penal (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-818 de 2005).

Ahora, recurriendo al análisis del principio de proporcionalidad de las sanciones administrativas, acudimos a lo expuesto por Ramírez Torrado (2010), así:

Las altas cortes, para determinar que una actividad de la Administración respeta el postulado de proporcionalidad o no, recurren a un test que está conformado por una serie de requisitos que deben concurrir en todos los eventos, que comprende:

1. El análisis del fin buscado por la medida, que implica la legitimidad del objetivo que motiva la restricción.
2. El estudio del medio empleado. Lo que significa la adopción de una medida que produzca un “menor sacrificio para otros valores, principios y derechos que tengan un mayor valor constitucional que aquéllos que se pretenden satisfacer a través de su desarrollo, es obligación de las autoridades administrativas preferirla, conforme lo ordena categóricamente el contenido normativo del citado principio de proporcionalidad”.
3. El examen de la relación entre el medio y el fin. Lo que se traduce en “la ponderación entre el principio que se protege y el que se sacrifica y la debida correspondencia entre la falta y la sanción”.

Así, en el análisis, si la actuación sancionadora es proporcional o no, resulta necesario precisar los bienes jurídicos que se enfrentan y de igual forma determinar la manera en que se encuentran afectados. Lo anterior con el fin de evitar “los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración”; y alcanzar su objetivo más importante como es: “guardar una debida proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la sanción impuesta” (p. 158).

Siguiendo a Forero Jiménez (2015), encontramos una explicación sobre el rol que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio, en los siguientes términos:

La Superintendencia de Industria y Comercio juega un papel muy importante dentro de la organización del Estado colombiano. Esta entidad es la encargada de la protección del consumidor y de la formalización del mercado en el país. Sus funciones de control y vigilancia al mercado, hacen de esta entidad un eje fundamental para el desarrollo económico de Colombia, ayudando así, al cumplimiento de los fines del Estado. Su misión se enfoca en la supervisión y protección de los agentes del mercado como los productores, comercializadores y en especial los consumidores. Dentro de la Superintendencia de Industria y Comercio, (“SIC”), se manejan distintas áreas que se encuentra bajo su control y vigilancia. Entre estas áreas encontramos la delegatura de reglamentos técnicos y metrología legal y la delegatura de protección a la competencia.

De este modo, es posible ver la manera como la SIC vela por los derechos de los agentes del mercado, en especial de los consumidores. De la misma forma, protege el mercado, asegurando una economía libre y competitiva. Bien sea por medio de la delegatura de competencia desleal o por medio de la delegatura para el control y verificación de reglamentos técnicos y metrología legal, entre otras. Por esta razón, se hace muy importante analizar la manera, en la que dicha protección se efectúa; ya sea por medio de una sanción administrativa o por medio de una decisión judicial, que termine con la imposición no solo de multas y sanciones sino de condenas pecuniarias (p. 3).

Finalmente, acudiremos a la Honorable Corte Constitucional, quien en Sentencia C-412 de 2015, citó los presupuestos de la potestad sancionatoria del Estado en materia administrativa, así:

Para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere: (i) una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma, -sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio-, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley impone; (ii) que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista, de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente, un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto, y (iii) que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente, en procura de garantizar el debido proceso.

6. Análisis de las resoluciones sancionatorias impuestas por la superintendencia de industria y comercio en materia de protección de la competencia en el periodo 2008-2018.

Es preciso ahora, revisar las distintas resoluciones sancionatorias, que ha proferido la Superintendencia de Industria y Comercio por conductas que trasgreden el Régimen de Promoción y Protección de la Libre Competencia en Colombia, durante los años 2008 y 2018.

Para ello, se comenzará por enlistar todos los casos presentados durante el periodo ya comentado, para luego proceder con el análisis del contenido de dichas resoluciones. Se tomará un caso por cada año para su estudio.

Para la recolección de los datos sobre las actuaciones administrativas expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, haremos uso de la información contenida en la página

de la SIC, por medio de su herramienta “SICOMP”, a la cual se puede acceder por medio del siguiente enlace: <http://www.sic.gov.co/sicomp> (Fecha de consulta 29 de diciembre de 2019).

Esta herramienta consiste en un buscador de decisiones en materia de libre competencia que permite realizar consultas por diferentes criterios como búsqueda por año, tipo de conducta, mercado relevante o determinado acto administrativo, entre otras, dependiendo de la necesidad del usuario. Así, por medio de un sistema amigable y de fácil acceso, dentro del cual además se podrá analizar la evolución en el tiempo de las posturas de la Superintendencia en determinados aspectos, dando publicidad así a la labor de la autoridad durante más de 20 años, siempre en pro de proteger los mercados nacionales.

Para nuestro ejercicio propuesto, hemos ingresado a la plataforma, puesta a disposición por la Delegatura para la Protección de la Competencia, a través de la opción “Actuaciones Administrativas Sancionatorias”, posteriormente hemos ingresado a la opción “Prácticas restrictivas de la competencia (Abuso, acuerdos y actos)”, luego ingresamos a “Tipo de acto administrativo” y finalmente accedemos a “Resolución de sanción”, en este punto el buscador desplegará la opción de ir revisando año por año solamente las resoluciones de sanción proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

A continuación, el resumen la ruta de acceso: Inicio / Delegatura para la Protección de la Competencia / Actuaciones Administrativas Sancionatorias / Prácticas restrictivas de la competencia (Abuso, acuerdos y actos) / Tipo de acto administrativo.

Ahora presentaremos una lista con todos los casos donde se profirió resolución sancionatoria por violación al régimen de protección a la libre competencia en Colombia. (En la lista se excluirán los casos donde la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones por

obstrucción de investigaciones, omisión en acatar instrucciones, omisión en acatar órdenes, omisión en acatar solicitudes de información).

6.1. Resoluciones sancionatorias 2008-2018

Tabla 1

Resoluciones sancionatorias 2008-2018

Año	No. Resolución	Persona sancionada	Conducta específica
2008	140305 de 2008	Lácteos Primavera.	Precio inequitativo de la leche cruda que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio que el industrial vende la leche y el precio pagado por este al productor.
2008	29631 de 2008	Telefónica Móviles S.A., Comunicación Celular S.A., Comcel S.A	Determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.
2008	33916 de 2008	Cooperativa de Productores de Leche de la Costa Atlántica LTDA.	Precio inequitativo de la leche cruda que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio que el industrial vende la leche y el precio pagado por este al productor.
2008	33917 de 2008	Freskaleche S.A.	Precio inequitativo de la leche cruda que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio que el industrial vende la leche y el precio pagado por este al productor.
2008	33918 de 2008	Lácteos de Cesar S.A.	Precio inequitativo de la leche cruda que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio que el industrial vende la leche y el precio pagado por este al productor.

2008	34566 de 2008	Frigosinú.	Impedir a terceros el acceso a los mercados.
2008	39869 de 2008	Agricultores de Aquitania.	Fijación directa o indirecta de precios.
2008	48260 de 2008	Cooperativa Colanta LTDA.	Precio inequitativo de la leche cruda que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio que el industrial vende la leche y el precio pagado por este al productor.
2008	48294 de 2008	Cooperativa Colanta LTDA.	Precio inequitativo de la leche cruda que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio que el industrial vende la leche y el precio pagado por este al productor.
2008	51694 de 2008	Cementos Argos S.A, Holcim S.A y Cemex Colombia S.A.	1. Asignación de cuotas de producción o suministro. 2. Fijación directa o indirecta de precios. 3. Repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
2008	51785 de 2008	Cooperativa Colanta LTDA.	Precio inequitativo de la leche cruda que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio que el industrial vende la leche y el precio pagado por este al productor.
2009	4946 de 2009	Compañía Nacional de Chocolates S.A y otra.	Fijación directa o indirecta de precios.
2009	10937 de 2009	Procesadora de Leche S.A.	Adopción de decisiones o políticas internas que impidan, restrinjan o falseen el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud.
2009	15224 de 2009	Alimentos el Jardín S.A.	Precio inequitativo de la leche cruda que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio que el industrial vende la

			leche y el precio pagado por este al productor.
2009	15246 de 2009	Dairy Partners Americas Manufacturing Colombia LTDA.	Precio inequitativo de la leche cruda que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio que el industrial vende la leche y el precio pagado por este al productor.
2009	15275 de 2009	Productos Lácteos Aura S.A.	Precio inequitativo de la leche cruda que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio que el industrial vende la leche y el precio pagado por este al productor.
2009	15290 de 2009	Derivados Lácteos Del Norte y Compañía Limitada	Precio inequitativo de la leche cruda que resulte de una variación injustificadamente superior entre el precio que el industrial vende la leche y el precio pagado por este al productor.
2009	51320 de 2009	Telmex Colombia S.A. y Superview Telecomunicaciones S.A.	Incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial.
2010	6839 de 2010	Ingenio del Cauca S.A, Ingenio Providencia S.A, Ingenio Manuelita S.A, Ingenio Mayagüez S.A, Ingenio Riopaila S.A, Ingenio Central Castilla S.A, Ingenio Pichichí S.A, Ingenio la Cabaña S.A, Ingenio Risaralda S.A e Ingenio Carmelita S.A.	1. Asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos. 2. Fijación directa o indirecta de precios.
2010	30238 de 2010	Consorcio Metalúrgico Nacional Colmena LTDA y Siderúrgica de los Andes-SIDEANDES S. A.	Incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial.
2010	50342 de 2010	OSSA y Asociados S.A, Viajes y Turismo Grupo Nobel.	Subordinación de suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituyan el objeto del negocio.

2010	65477 de 2010	Fábrica Nacional de Oxígeno S.A - AGA FANO, Oxígenos de Colombia LTDA OXICOL y Gases Industriales de Colombia S.A.	Impedir a terceros el acceso a los mercados.
2011	23890 de 2011	RCN Televisión S.A, CARACOL Televisión S.A, la Unión Colombiana de Empresas Publicitarias, e IBOPE Colombia S.A.S.	1. Asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos. 2. Impedir a terceros el acceso a los mercados.
2011	31494 de 2011	Inversiones J.V LTDA, Petrocasinos S.A, ACEBEDO SILVA LIMITADA, Colombiana de Aves S.A - COLAVES, Avícola Sinain LTDA y dos empresas unipersonales.	Incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial.
2011	33141 de 2011	Asociación Colombiana de Productores y Proveedores de Caña de Azúcar - PROCAÑA y la Asociación Comité de Cañicultores del Ingenio Risaralda – Azucari.	Influenciar para incrementar precios o para desistir de rebajar los precios.
2011	37033 de 2011	Centros de Diagnóstico Automotor CDA de Córdoba E.U, CDA Certicar S.A y CDA Diagnosticar S.A.	Acuerdos contrarios a la libre competencia.
2011	41687 de 2011	Asociación de Hospitales de Risaralda- ASHORALDA.	Adopción de decisiones o políticas internas que impidan, restrinjan o falseen el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud.
2011	46111 de 2011	Colmedica Entidad Promotora de Salud S.A, COLMÉDICA ahora ALIANSALUD Entidad Promotora de Salud S.A, Coomeva Entidad Promotora de Salud S.A, COOMEVA, Entidad Promotora de Salud Famisanar limitada, Cafam Colsubsidio y otras.	1. Abstenerse de distribuir o vender un bien o de ofrecer o prestar un servicio determinado de salud. 2. Abstenerse de proveer información no reservada o intentar ocultar o falsear información que impida la transparencia en el mercado de salud. 3. Fijación directa o indirecta de precios y tarifas en materia de salud. 4. Prohibición a

			las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares. 5. Adopción de decisiones o políticas internas que impidan, restrinjan o falseen el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud.
2011	70736 de 2011	Centro de Diagnóstico Automotor CONVERRY S en C.A, el Centro de diagnóstico Automotor de Caldas Ltda. y el Centro de Diagnóstico Automotor CANGURO S.A.S y a el representante legal del Centro de diagnóstico Automotor LAURELES.	1. Actos contrarios a la libre competencia. 2. Acuerdos contrarios a la libre competencia.
2011	71792 de 2011	Sociedad Colombiana de Pediatría y Puericultura Regional Santander	Prohibición a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares.
2011	71794 de 2011	Federación Nacional de Distribuidores de Derivados del Petróleo - FENDIPETRÓLEO NACIONAL - y a la Seccional Boyacá y Casanare.	Influenciar para incrementar precios o para desistir de rebajar los precios.
2012	12483 de 2012	Asociación de Hospitales y Centros de Salud de Caldas AHCSC.	Prohibición a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares.
2012	13483 de 2012	Centro de Diagnóstico Automotor Corporación de Empresas de Transporte del Tolima, Huila, Girardot y Caquetá "CORPOTRANS". P.A.P Inversiones LTDA, "CDA Motos de la Sexta", Inversiones Futuro Seguro S.A, "CDA Diagnosti-Car" e INVESUR Colombia - Tolima S.A y el Centro de Diagnóstico Automotor del Tolima "CEDAT".	Influenciar para incrementar precios o para desistir de rebajar los precios.
2012	40912 de 2012	Federación Colombiana de Ganaderos – FEDEGAN.	Condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes.

2012	53992 de 2012	Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.	Condiciones de venta diferentes para afectar la competencia.
2013	2587 de 2013	Asociación de Hospitales y Empresas Sociales del Estado del Departamento del Valle del Cauca – ASOHOSVAL.	Prohibición a las asociaciones o sociedades científicas y de profesionales o auxiliares.
2013	3694 de 2013	Empresa de Energía de Boyacá S.A E.S.P.	Impedir a terceros el acceso a los mercados.
2013	3703 de 2013	Molinos ROA S.A y otros.	Incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial.
2013	4907 de 2013	Gases de Occidente S.A E.S.P.	1. Impedir a terceros el acceso a los mercados. 2. Subordinación de suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituirían el objeto del negocio.
2013	53403 de 2013	Comunicación Celular S.A- Comcel S.A.	Impedir a terceros el acceso a los mercados.
2013	54693 de 2013	Ponce de León y Asociados S.A, Ingenieros Consultores en Liquidación Judicial, Bitácora Soluciones Compañía Ltda. en Liquidación Judicial.	Incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial.
2014	25036 de 2014	Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E.S.P y Aguas de Bogotá S.A.	Impedir a terceros el acceso a los mercados.
2014	48354 de 2014	Terranum S.A.S, Terranum Colombia S.A.S, Terranum Colombia 2	Incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial.
2014	49903 de 2014	Cable Unión S.A, Cable Vista S.A (Hoy Global TV Telecomunicaciones S.A), Une EPM Telecomunicaciones.	Incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial.

2014	56738 de 2014	Sonda de Colombia S.A, Quintec Colombia S.A.S.	Incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial.
2014	56816 de 2014	Asociación de Empresas Sociales del Estado de Antioquia – AESA.	Adopción de decisiones o políticas internas que impidan, restrinjan o falseen el juego de la libre competencia dentro del mercado de los servicios de salud.
2014	56989 de 2014	CDM SMITH INC, Ingeniería de Saneamiento Ambiental S.A.S.	Incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial.
2014	76724 de 2014	Concesión Aeropuerto de San Andrés y Providencia S.A – CASYP.	Repartición de mercados entre productores o entre distribuidores.
2015	16562 de 2015	Molinos ROA S.A (Hoy organización ROA FLORHUILA S.A)	Influenciar para incrementar precios o para desistir de rebajar los precios.
2015	23621 de 2015	SERVICIUDAD Empresa Industrial y Comercial del Estado Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios.	Impedir a terceros el acceso a los mercados.
2015	52782 de 2015	Almacenamientos Farmacéuticos Especializados Alfares S.A y Sociedad Unión de Droguistas S.A.	Incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial.
2015	80847 de 2015	Asociación de Cultivadores de Caña de Azúcar de Colombia, C.I de Azúcares y Mieles S.A CIAMSA, Desarrollos Industriales y Comerciales S.A, Ingenio RIOPAILA Castilla S.A.	Impedir a terceros el acceso a los mercados.
2016	26726 de 2016	Estación MOBIL El Aljibe, Estación de Servicio La Esmeralda y otros.	Fijación directa o indirecta de precios.
2016	30300 de 2016	Siloe Casting de Colombia S.A.S. y otros.	Fijación directa o indirecta de precios.
2016	31739 de 2016	Colombiana Kimberly Colpapel S.A, Productos Familia S.A y Papeles Nacionales S.A.	Determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros.

2016	38973 de 2016	Laboratorio Internacional de Colombia S.A.S y otros.	Incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial.
2016	43218 de 2016	Colombiana Kimberly Colpapel S.A y otras.	Fijación directa o indirecta de precios.
2016	54403 de 2016	Carvajal Educación S.A.S, Colombiana Kimberly Colpapel S.A y Scribe Colombia S.A.S	Fijación directa o indirecta de precios.
2016	76278 de 2016	Sociedad de Autores y Compositores De Colombia – Sayco.	Subordinación de suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituyan el objeto del negocio.
2017	4191 de 2017	Asociación de subastas ganaderas de Colombia - ASOSUBASTAS.	1. Fijación directa o indirecta de precios. 2. Influnciar para incrementar precios o para desistir de rebajar los precios.
2017	7676 de 2017	Sanciones a personas naturales.	Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992.
2017	71692 de 2017	Pilotos Prácticos del Pacífico S.A.S, Servicios de Pilotaje de Buenaventura S.A, Operadores Fluviales y Marítimos Rio y otros.	Fijación directa o indirecta de precios.
2017	81391 de 2017	Cementos Argos, Cemex S.A y Holcim Colombia.	1. Fijación directa o indirecta de precios. 2. Impedir a terceros el acceso a los mercados.
2018	14305 de 2018	Sanciones a personas naturales.	Fijación directa o indirecta de precios.
2018	72158 de 2018	Asociación Colombiana de Camioneros	Fijación directa o indirecta de precios.
2018	91153 de 2018	Alcaldía Municipal de la Mesa, REINGEGAS LTDA, ARIBUK SAS	Fijación directa o indirecta de precios.

Fuente propia del autor

A continuación, podemos apreciar los resultados arrojados por la lista presentada anteriormente, a través de la figura No. 1.

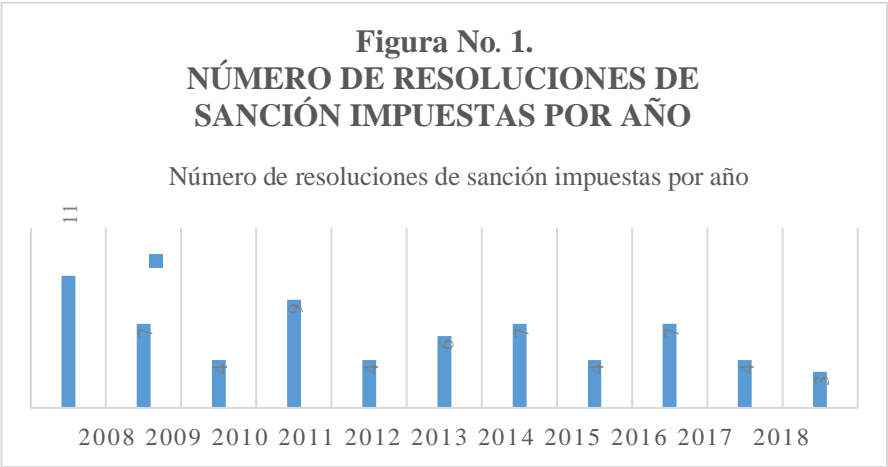


Figura 1 Número de resoluciones de sanción impuestas por año. Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, procederemos a efectuar el análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año. Se escogerá un caso por cada año para su estudio:

Tabla 2

Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2008

Número de resolución:	51694 del 4 de diciembre de 2008.
Personas sancionadas:	Cementos Argos S.A., Holcim Colombia S.A. Cemex Colombia S.A.
Monto de la multa impuesta:	A cada una de las sociedades se le impuso la multa de novecientos veintitrés millones de pesos (\$923.000.000 COP.)
Conductas anticompetitivas investigadas:	Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y los numerales 1, 3 y 4 del artículo 47 de del Decreto 2153 de 1992, referentes a acuerdos

	para la fijación de precios, para la repartición de mercados y la asignación de cuotas de producción o suministro.
Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio:	En el caso bajo examen, las pruebas permitieron imputar la realización de la conducta de “acuerdo” en la modalidad de práctica conscientemente paralela, la cual exige la acreditación de dos elementos: i. el paralelismo. ii. la práctica consciente del mismo. (p. 69)
<p>El paralelismo hace alusión a situaciones en las cuales la evolución de las variables con base en los cuales se compite (especialmente cantidades y precios) presentan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo y varios agentes económicos. La conducta paralela puede constituir una práctica restrictiva de la competencia en la medida en que los participantes de un determinado mercado, actuando en forma consciente y sincronizada se abstienen de competir, generando un patrón de comportamiento uniforme sobre una o más de las variables cuya dinámica en condiciones de competencia debe corresponder a la estrategia individual e independiente de quienes lo conforman. (p. 70). Una vez identificado el paralelismo, la prueba de una práctica consciente debe resultar de la valoración, no aislada sino en conjunto, tanto de las características del mercado en cuestión como del comportamiento concreto de los investigados y las explicaciones del mismo. Si bien para los empresarios puede parecer racional obtener beneficios sin afrontar la incertidumbre que proviene de la competencia, especialmente en estructuras de mercado caracterizadas por la existencia de un reducido</p>	

número de participantes; en el contexto del estado social de derecho que incorpora nuestra Constitución, el tipo de estrategia en mención tiene el efecto de restringir la competencia con el consecuente impacto sobre las finalidades a que apuntan en Colombia las normas sobre protección de la competencia, estas son: *“la eficiencia del aparato productivo nacional; que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados; y, que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios”*. Numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992. Habiendo observado la existencia de paralelismo de precios, se debe considerar el elemento volitivo de las empresas investigadas en ese hecho, aspecto que además del análisis económico del comportamiento de las empresas, involucra la valoración de otras circunstancias, que consideradas en conjunto permiten establecer la responsabilidad de las empresas en las conductas desplegadas, de manera que se evidencia que dichos comportamientos no son meras coincidencias, sino que al asumir la política de precios o de producción se está en conocimiento de las condiciones en las cuales obran otros que se dedican a la misma actividad y a partir de ahí se actúa coordinadamente. (p. 102). Actividades como el intercambio de información y documentos reservados entre las empresas propician la consolidación del conocimiento entre competidores que se constituye en un mecanismo bastante eficiente para la administración de acuerdos. El intercambio de información con niveles de detalle y desagregación como la evidenciada entre ARGOS, CEMEX y HOLCIM en un mercado oligopólico como el que ocupa la atención de la presente actuación administrativa, constituye precisamente los elementos que unidos a la prueba del paralelismo permite concluir la ocurrencia del acuerdo a través de la modalidad de una práctica conscientemente paralela.

Decisión:	De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, el Superintendente
<p>de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto. A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción. En el caso en concreto, se ha establecido que las empresas CEMENTOS ARGOS S.A., CEMEX COLOMBIA S.A. y HOLCIM COLOMBIA S.A., trasgredieron con su comportamiento lo dispuesto en los numerales 1 y 3 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al haber realizado un acuerdo para la fijación del precio de venta del cemento Portland Gris Tipo I y para la repartición de dicho mercado. Las anteriores conductas revisten por su propia naturaleza de especial gravedad y deben ser sancionadas con determinación.</p> <p>Adicionalmente, i) se manifestaron prácticamente en todo el territorio nacional y, ii) las empresas participantes en la infracción abarcan la casi totalidad del mercado. Basado en las anteriores consideraciones, este Despacho encuentra la necesidad de imponer a las empresas la multa máxima que el ordenamiento prevé para este tipo de infracciones. Es decir, novecientos veintitrés millones de pesos (\$923.000.000), a cada una.</p>	

Fuente propia del autor

Respecto de la breve reseña hecha anteriormente sobre la resolución sancionatoria seleccionada del año 2008, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, nos permitimos realizar el siguiente análisis: 1) La SIC parte de un análisis sistemático del caso en concreto, donde pone de manifiesto, primero cuáles son las conductas que se investigan, y posteriormente desarrolla su posición sobre la base de los resultados obtenidos de la investigación que se adelantó respecto de las conductas desplegadas por los sujetos investigados. 2) En el caso en concreto, la SIC halló como contraria a libre competencia la conducta de “acuerdo” en la modalidad de práctica conscientemente paralela, en tanto que, encontró acreditados sus elementos, siguiendo la explicación de Jiménez Valderrama (2019) “existencia de una identidad de comportamientos a partir de actuaciones unilaterales de unos operadores económicos respecto de otros, la consciencia de dicho alineamiento por quienes intervienen y el resultado restrictivo del sistema de competencia” (p. 38). 3) Por último, el elemento del Análisis Económico del Derecho encontrado en la resolución fue, que la conducta desplegada por los sujetos sancionados produjo efectos restrictivos sobre la competencia en dicho mercado, toda vez que, el producto del acuerdo hecho entre las partes reportó perjuicios superiores a los beneficios reportados por la celebración del acuerdo. Esto es, no se adecuó a la excepción de eficiencia económica por la que, la SIC podría conceder autorización para tales acuerdos, ya que, no se comprobó la existencia de beneficios “los cuales deben trasladarse al mercado y a los consumidores (quienes deberán recibir un beneficio equitativo), de tal manera que superen los posibles efectos en las restricciones competitivas que causan al mercado” (Jiménez Valderrama, 2019, p. 33).

Tabla 3

Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2009

Número de resolución:	4946 del 2 de febrero de 2009.
Personas sancionadas:	Compañía Nacional de Chocolates S.A., Sucesores de José Jesús Restrepo y CÍA S.A.- Casa Luker S.A.
Monto de la multa impuesta:	A cada una de las sociedades se le impuso la multa de setecientos cuarenta y cinco millones trescientos cincuenta mil pesos (\$745.350.000 COP.)
Conductas anticompetitivas investigadas:	Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que se refiere a la realización de acuerdos que tengan por objeto la fijación directa o indirecta de precios.
Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio:	El despacho procedió a analizar la información obrante en el expediente, con el objeto de determinar si realmente se presentó un acuerdo de fijación de precios bajo la modalidad de práctica conscientemente paralela.
Señala el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: <i>“Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimientos, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o</i>	

extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”. El cacao corriente es un producto homogéneo que no fue sustituido, como materia prima, por las empresas productoras de chocolate que fueron vinculadas a esta investigación.

Adicionalmente, los compradores adquirieron el producto en todo el territorio nacional. En consecuencia, el mercado relevante lo constituye la compra de cacao corriente en el territorio colombiano. Durante la investigación la Delegatura se concentró en determinar si el paralelismo observado era el resultado de las condiciones del mercado o, si por el contrario, obedecía a una práctica anticompetitiva derivada de un acuerdo entre las empresas investigadas, en alguna de las modalidades que establece el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992. Respecto de los elementos característicos que se deben verificar para que se configure dicha conducta, esta Superintendencia ha indicado lo siguiente: El paralelismo hace alusión a situaciones en las cuales la evolución de las variables con base en los cuales se compite (especialmente cantidades y precios) presentan tendencias y variaciones armónicas a través del tiempo y varios agentes económicos. En este orden de ideas, el elemento consciente puede identificarse a partir de diferentes elementos que reflejan el desarrollo de una conducta coordinada y armónica de agentes económicos que participan de un mismo mercado, buscando evitar la contienda propia de un escenario de competencia. Es así como, a título de ejemplo, en Europa, se acude a la teoría del "faisceau d'indices", es decir al estudio de variados elementos independientes pero complementarios que vistos en conjunto permiten identificar la comisión de la práctica antimonopólica. La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido constante en indicar que la existencia de un comportamiento paralelo no puede ser vista como la prueba de una concertación 'a menos que la concertación sea la única explicación posible de

tal comportamiento. En esta medida, para el juez comunitario europeo la exigencia de autonomía entre los operadores económicos si bien no excluye la posibilidad de adaptarse inteligentemente a un comportamiento constatado, sí se opone a todo contacto directo o indirecto entre agentes que tenga por objeto o por efecto influenciar el comportamiento en el mercado de un competidor actual o futuro.

A la luz de lo indicado previamente, y bajo la normativa colombiana, es claro para este Despacho que la sola presencia de conductas o comportamientos paralelos no basta para establecer la existencia de una práctica comercial restrictiva. Para arribar a una conclusión en este sentido resultaría necesario acudir a elementos de prueba adicionales que permitan identificar la existencia de una concertación entre los investigados con el objeto de eludir la competencia en el mercado. (p. 21). Una vez identificado el paralelismo, la prueba de una práctica consciente debe resultar de la valoración, no aislada sino en conjunto, tanto de las características del mercado en cuestión como del comportamiento concreto de los investigados y las explicaciones del mismo. A estos propósitos el análisis impone considerar, entre otras cosas, que se haya descartado que el comportamiento paralelo haya sido el resultado de políticas unilaterales e independientes ejecutadas por los investigados. De la misma forma se deben apreciar en forma conjunta los indicios del comportamiento, constituidos entre otros y especialmente a partir de la evidencia de comunicaciones o intercambio de información directamente o a través de terceros por parte de los competidores. En estos casos, la presencia de elementos probatorios, como por ejemplo documentos que soporten una planificación de las empresas, consistente con la práctica investigada o la asistencia a reuniones en las cuales fueron intercambiadas informaciones sobre las políticas de comercialización o competencia por parte de las empresas investigadas, serán elementos probatorios encaminados a demostrar que

existió concertación entre las partes. También se tendrán en cuenta las comunicaciones intercambiadas entre lo(s) investigado(s) y terceros cuando las afirmaciones contenidas en las mismas coincidan con el comportamiento que los investigados hayan manifestado en el mercado. En conclusión, para el caso de una investigación relacionada con una práctica conscientemente paralela, la Superintendencia de Industria y Comercio, una vez identificado el paralelismo acudirá a la valoración conjunta de los diferentes elementos de prueba de modo que le permitan constatar si existe o no una concertación con fines anticompetitivos.

Decisión:

En el caso en concreto, se ha establecido que NACIONAL y LUKER infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por haber realizado

un acuerdo para la fijación del precio de compra de cacao corriente en el mercado nacional. A juicio del Despacho esta conducta es especialmente negativa para el mercado, pues afecta de forma importante un sector de la economía en el que se negocian anualmente más de treinta mil toneladas de cacao, de las cuales NACIONAL y LUKER adquirieron más del 80% en la totalidad de las regiones en que dicha materia prima se cultiva. Los hechos probados en la investigación dan cuenta de un acuerdo continuado a lo largo de catorce meses y tendiente a evitar competir vía precio por las cantidades de cacao disponible en el mercado nacional, logrando de esta manera que los precios pagados por dicha materia prima correspondieran a un precio artificial, producto del acuerdo y no a la libre competencia, razón por la cual debe imponerse una sanción que tenga efectos suficientemente disuasivos en el mercado nacional. Basado en las anteriores consideraciones, este Despacho considera necesario imponer a las

empresas NACIONAL y LUKER una multa por 1.500 salarios mínimos mensuales legales vigentes, equivalentes a \$745.350.000 a cada una.

Fuente propia del autor

Respecto de la breve reseña hecha anteriormente sobre la resolución sancionatoria seleccionada del año 2009, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, nos permitimos realizar el siguiente análisis: 1) La SIC parte de un análisis sistemático del caso en concreto, donde pone de manifiesto, primero cuáles son las conductas que se investigan, y posteriormente desarrolla su posición sobre la base de los resultados obtenidos de la investigación que se adelantó respecto de las conductas desplegadas por los sujetos investigados. 2) En el caso en concreto, la SIC halló como contraria a libre competencia la realización de acuerdos que tengan por objeto la fijación directa o indirecta de precios. Recordemos que uno de los requisitos de los acuerdos colusorios es el abandono del comportamiento independiente por un objetivo común, el cual Jiménez Valderrama (2019) explica como: “la afectación a la competencia en el mercado se causa porque empresarios que, antes del acuerdo asumían autónomamente estrategias empresariales, a partir del pacto, dejan de actuar independientemente evitando competir entre ellas” (p. 22). La conducta anterior, a todas luces tiene efectos que restringen la libre competencia. 3) Por último, en la resolución se puede evidenciar como la SIC enuncia algunos de los criterios que tuvo en cuanto al momento de determinar la responsabilidad de las entidades investigadas, tales como: a) “determinar si el paralelismo observado era el resultado de las condiciones del mercado o, si por el contrario, obedecía a una práctica anticompetitiva derivada de un acuerdo entre las empresas investigadas”; b) “el elemento consciente puede identificarse a partir de diferentes elementos que reflejan el desarrollo de una conducta coordinada y armónica de agentes económicos que participan de un mismo mercado,

buscando evitar la contienda propia de un escenario de competencia”; c) “la prueba de una práctica consciente debe resultar de la valoración, no aislada sino en conjunto, tanto de las características del mercado en cuestión como del comportamiento concreto de los investigados y las explicaciones del mismo. A estos propósitos el análisis impone considerar, entre otras cosas, que se haya descartado que el comportamiento paralelo haya sido el resultado de políticas unilaterales e independientes ejecutadas por los investigados”; d) “los hechos probados en la investigación dan cuenta de un acuerdo continuado a lo largo de catorce meses y tendiente a evitar competir vía precio por las cantidades de cacao disponible en el mercado nacional, logrando de esta manera que los precios pagados por dicha materia prima correspondieran a un precio artificial, producto del acuerdo y no a la libre competencia, razón por la cual debe imponerse una sanción que tenga efectos suficientemente disuasivos en el mercado nacional”; e) se destaca que uno de los propósitos que tuvo la imposición de dicha sanción fue la crear un “efecto disuasivo” en el mercado, visto lo anterior, en términos de desincentivar estas conductas mediante la imposición de sanciones pecuniarias.

Tabla 4

Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2010

Número de resolución:	65477 del 25 de noviembre de 2010
Personas sancionadas:	Fábrica Nacional de Oxígeno S.A - AGA FANO (hoy Messer Colombia S.A.), Oxígenos de Colombia LTDA- OXICOL y Gases Industriales de Colombia S.A.- CRYOGAS.

Monto de la multa impuesta:	A cada una de las sociedades se le impuso la multa de mil treinta millones de pesos (\$1.030.000.000 COP.)
Conductas anticompetitivas investigadas:	Numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que se consideran acuerdos contrarios a la libre competencia, entre otros, “los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización”.
Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio:	<p>El Informe Motivado señaló que del acervo probatorio podía concluirse <i>"la realización de un acuerdo, bajo la modalidad de práctica concertada, desarrollada por las empresas fabricantes y distribuidoras de oxígeno medicinal, tendiente a obstruir o impedir la entrada o participación de otros agentes a los mercados o a los canales de comercialización. (p. 21).</i></p> <p>Las pruebas recaudadas dentro de la investigación permiten establecer la existencia de conductas realizadas por las empresas involucradas de manera coincidente, armónica y extendida en el tiempo, que al ser articuladas bajo una línea o elemento de coordinación y concomitancia, develan una práctica restrictiva concertada. En efecto, la concertación acusada se sustenta en diferentes elementos probatorios entre los que se encuentran escritos e impresos correspondientes a documentos, correos electrónicos y presentaciones en <i>Power Point</i> hallados en los computadores de personas vinculadas con las empresas objeto de la</p>

investigación. En relación con la actuación de las investigadas, se encuentra probado en el expediente, la realización de conductas concertadas encaminadas a impedir el ingreso al mercado de las plantas PSA, tales como: (i) campañas para desestimular la adquisición de plantas PSA's de los competidores; (ii) la estrategia Burson-Marsteller encaminada a evidenciar los riesgos que la producción de oxígeno e importación de PSA, y señalar las responsabilidades jurídicas en que podrían incurrir los usuarios de PSA; (iii) la inclusión de cláusulas de exclusividad, de reciprocidad y anexos de exoneración de responsabilidad en los contratos de suministro de gases; (iv) la disuasión a posibles clientes de las PSA a través de precios inferiores; (v) el desmonte de plantas PSA por parte de clínicas y hospitales ante presiones u ofrecimiento de dádivas de las grandes empresas fabricantes de gases. Este Despacho encontró en las pruebas que obran en el expediente, conforme con las cuales, las campañas desarrolladas por las empresas investigadas tenían como objetivo generar preocupación y alerta por la calidad del oxígeno ofrecido a entidades de salud por proveedores de la tecnología PSA, con el fin de evitar que adquirieran dicha tecnología o provocar que desmontaran la existente. Otra de las estrategias adoptadas por las empresas investigadas fue buscar mantener con sus clientes relaciones comerciales a través de la suscripción de contratos de largo plazo con cláusulas de exclusividad, con el objeto de atar a los clientes institucionales a su sistema de suministro. La existencia de contratos de largo plazo con cláusulas de rescisión favorece la *"fidelización de los clientes"*, pues mediante ellos una cierta porción de la clientela se ve transitoriamente *"cautiva"* de su actual proveedor, lo cual dificulta el ingreso al mercado de las empresas de tecnología PSA. Entre los efectos de las cláusulas de exclusividad que distorsionan la libre competencia, se encuentran:

- Excluir o eliminar agentes de los canales de distribución en el mercado secundario o de abajo.

- Generar barreras de entrada o de expansión.
- Facilitar la cartelización al negarle a los compradores la oportunidad de forzar competencia entre los distribuidores.

Desde esta perspectiva, si bien las cláusulas de exclusividad por ellas mismas no son anticompetitivas, ellas deben examinarse en conjunto con factores económicos que inciden para cada caso en el mercado evaluado. Tal como se verificó en la presente investigación, las características del mercado de oxígeno medicinal, la alta participación de las empresas investigadas y el incentivo de mantener dicha posición obstruyendo la entrada de la tecnología PSA, permiten concluir que las cláusulas de exclusividad formaban parte de una práctica concertada que se enderezaba a dejar por fuera del mercado a los proveedores de PSA, o impedir su expansión en el mismo. Respecto de las cláusulas de exclusividad se pronunció la Corte Constitucional de Colombia señalando en la sentencia C-535 de 1997, que las mismas resultan anticompetitivas, si tienen un efecto real en la restricción de la competencia para lo cual es necesario analizar varios aspectos del mercado respectivo y de los competidores dentro del mismo, "[...] puesto que el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente".

Las anteriores características especiales son consideradas como propias de aquellos mercados propensos a la aparición de carteles. Al respecto, el informe de la OCDE "*hard core cartels*" del año 2003 reitera lo anterior al expresar que: *si bien, no puede afirmarse que existe un perfil de mercado que sea más propenso a "cartelizarse", sí se observan algunas características comunes en la mayoría de los cárteles como las siguientes:*

- *producto homogéneo.*
- *alta concentración de empresas en el mercado.*
- *existencia de asociaciones que procuran a los interesados la oportunidad de transferirse información, reunirse y realizar acuerdos."*

A su vez Richard Posner, considera la existencia de prácticas cooperativas entre las empresas como elemento facilitador de conductas anticompetitivas. Esto se presenta cuando los competidores colaboran unos con otros en diversas actividades que incluso pueden no estar prohibidas por las leyes de competencia, por ejemplo la realización de acciones conjuntas de cabildeo o la existencia de algún tipo de integración entre ellas, situaciones que al proporcionar contactos entre las compañías favorecen la realización de acuerdos contrarios a la libre competencia. De los elementos probatorios recaudados durante la investigación realizada, es posible establecer que existió una práctica concertada entre las Empresas Investigadas, dirigida a eliminar a un nuevo competidor en el mercado. La anterior conclusión proviene del análisis de las diferentes conductas desarrolladas que, si bien observadas de manera independiente no tendrían la potencialidad para ser consideradas anticompetitivas, al ser observadas en conjunto denotan una estrategia coordinada.

Decisión:

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, norma vigente para la época de los hechos, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer Sanciones

pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el citado decreto.

En el caso concreto, se ha establecido que: (i) las empresas AGA FANO S.A. hoy Linde Colombia S.A., Gases Industriales de Colombia S.A. CRYOGAS y Oxígenos de Colombia Ltda. – OXICOL, trasgredieron con su comportamiento la prohibición general contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1955 de incurrir en prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, y (ii) que ese comportamiento se adecúa a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al haber adoptado conductas que devienen en la ejecución de un acuerdo, bajo la modalidad de práctica concertada.

En efecto, los hechos probados dan cuenta de la existencia de una práctica concertada, ejecutada a lo largo del tiempo mediante acciones realizadas por las empresas AGA FANO S.A. hoy Linde Colombia S.A., Gases Industriales de Colombia S.A. CRYOGAS y Oxígenos de Colombia Ltda. – OXICOL, encaminada a obstruir la entrada o impedir la expansión en el mercado de empresas con tecnología PSA.

La anterior conducta reviste especial gravedad y debe ser sancionada con determinación, en cuanto en ella intervinieron las tres empresas que tienen una alta cuota de participación en el mercado de oxígeno medicinal en el país, lo cual sirve para medir el impacto de la conducta en razón del mayor poder que tienen para influenciar las condiciones del mismo. Adicionalmente, este caso refleja la distorsión de la competencia en un mercado de especiales características que afecta de manera directa el bienestar de los consumidores, representados en los pacientes afectados con patologías que requieren del oxígeno medicinal.

Con base en las anteriores consideraciones, este Despacho encuentra procedente imponer a las empresas Fábrica Nacional de Oxígeno S.A. - AGA FANO hoy Linde Colombia S.A., Gases Industriales de Colombia S.A. – CRYOGAS y Oxígenos de Colombia Ltda. – OXICOL, la multa máxima de dos mil (2000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, que el ordenamiento aplicable para la época de los hechos, prevé para este tipo de infracciones, es decir, la suma de un mil treinta millones de pesos MCT (\$1.030.000.000.00).

Fuente propia del autor

Respecto de la breve reseña hecha anteriormente sobre la resolución sancionatoria seleccionada del año 2010, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, nos permitimos realizar el siguiente análisis: 1) La SIC parte de un análisis sistemático del caso en concreto, donde pone de manifiesto, primero cuáles son las conductas que se investigan, y posteriormente desarrolla su posición sobre la base de los resultados obtenidos de la investigación que se adelantó respecto de las conductas desplegadas por los sujetos investigados. 2) En el caso en concreto, la SIC halló como contraria a libre competencia la realización de acuerdos que tengan por objeto o como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización. Esta conducta en palabras de Jiménez Valderrama (2019) constituyen: “obstaculización a otros empresarios en su derecho a acceder al mercado (libertad de empresas), constituyendo un auténtico boicot al ejercicio de sus actividades empresariales y por ende afectando el sistema de mercado” (p. 30). Dentro de las consideraciones que tuvo la Superintendencia de Industria y Comercio para la imposición de la sanción, se destaca que las empresas investigadas tenían alta cuota de participación en el mercado, lo cual quiere decir, que estas empresas contaban con una posición de dominio dentro del mismo y resaltó además que dentro de la práctica concertada existieron pactos de exclusividad con efectos anticompetitivos.

Hecha la anterior, consideración, vemos que, la práctica concertada por los investigados constituyó un abuso de dicha posición de dominio. Así, el maestro Jiménez Valderrama (2019) se refiere al posible efecto de este tipo de prácticas, de la siguiente manera: “en un mercado con posición de dominio de un empresario, la firma por parte de este de acuerdos de exclusividad o análogos (por ejemplo, descuentos de fidelización) con clientes o proveedores puede constituir abusos de posición en el mercado” (p. 54). Debido a esto, se hace hincapié en el efecto anticompetitivo que tuvo para el caso en concreto la realización de este tipo de prácticas de cierre de mercados por parte de las empresas sancionadas. 3) Por último, en la resolución se puede evidenciar como la SIC aplicó en su sanción la doctrina del abuso del derecho propia del derecho privado, con el concepto de posición dominante, lo cual devino en un criterio que tuvieron en cuenta para determinar la responsabilidad de los investigados.

Tabla 5

Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2011

Número de resolución:	33141 del 21 de junio de 2011.
Personas sancionadas:	Asociación Colombiana de Productores y Proveedores de Caña de Azúcar - PROCAÑA y la Asociación Comité de Cañicultores del Ingenio Risaralda – Azucari.
Monto de la multa impuesta:	Asociación Colombiana de Productores y Proveedores de Caña de Azúcar – PROCAÑA se le impuso una sanción de doce millones novecientos sesenta y un mil quinientos veinte pesos (\$12.961.520 COP). Y a la Asociación

	<p>Comité de Cañicultores del Ingenio Risaralda</p> <p>– Azucari se le impuso una sanción de tres millones novecientos sesenta y tres mil cuatrocientos cuarenta pesos (\$3.963.440 COP.)</p>
Conductas anticompetitivas investigadas:	<p>Actos de influenciación:</p> <p>De acuerdo con lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992:</p> <p><i>"Artículo 48. Actos Contrarios a la Libre Competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos.</i></p> <p><i>[...]</i></p> <p><i>2. Influnciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios".</i></p>
Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio:	<p>Para el caso en particular, el mercado sobre el cual se presume una afectación, resulta ser el conformado en la compra de caña de azúcar por parte de los Ingenios a los cañicultores,</p>

la cual es destinada al procesamiento y producción final de alcohol carburante. La extensión destinada a la producción de etanol equivale al 15% del área dedicada a la producción de caña de azúcar en el país. En nuestro Ordenamiento Jurídico, a partir de la Ley 155 de 1959, se inició una evolución legislativa encaminada a consolidar la competencia frente a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas de los empresarios tendientes a eliminarla, limitarla, o restringirla o de las conductas unilaterales de algunos empresarios que por su fuerza económica tienen la capacidad de determinar unilateralmente las condiciones de mercado de bienes o servicios (p. 17). Al respecto, es importante resaltar que la representación que las asociaciones de naturaleza gremial, profesional o de comerciantes y en general toda clase de asociación, realiza de los intereses de sus asociados es considerada como un interés legítimo e incluso deseable a la luz del derecho de la competencia, en tanto, dicha colaboración puede llevar a mejoras en la equidad, la eficiencia, la ecología y la efectividad de la actividad productiva de los asociados, de la misma asociación. No obstante, algunas de las actividades desarrolladas por esta clase de asociaciones pueden restringir la libre competencia, vulnerar los intereses de los consumidores o de los demás agentes económicos. Por tanto, dichas entidades deben abstenerse de adoptar decisiones, implementar normas o recomendaciones o desarrollar otras actividades que puedan tener el potencial para restringir o falsear la libre y leal competencia conforme con lo dispuesto por la Ley 155 de 1959, los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 y las disposiciones relacionadas de la Ley 1340 de 2009.

En cuanto al listado de los siete criterios utilizados por el Despacho para determinar el valor de la multa a aplicar, se realiza una clasificación de los mismos. Por una parte, se define como un primer grupo aquellos aspectos que se relacionan directamente con el mercado sobre el cual se realizan las conductas que en la presente Resolución se reprochan; esto es el impacto y la

dimensión del mercado. Por otro lado, se agrupan los criterios relacionados con la caracterización y responsabilidad de quien comete la infracción, tal como el beneficio obtenido por quien o quienes cometen la falta, el grado de participación de los mismos, junto con la cuota de mercado y la conducta procesal. En cuanto al conjunto de criterios relacionados con el mercado, el primer grupo de argumentos que este Despacho considera centrales para efectos de su análisis de dosificación de la sanción asociada a cada una de las personas jurídicas y naturales involucradas en la investigación, corresponde a aquellos elementos que dan cuenta del grado de afectación o impacto que con la conducta reprochable por parte de cada una de las partes fue generada en el mercado. En lo que tiene que ver con el grado de participación del infractor en el mercado, se reconoce que la naturaleza de la conducta que acá se reprocha tendía a generar una afectación de la competencia, producto de un acuerdo anticompetitivo forjado al interior del mercado. Por su parte, frente a la participación de los afiliados de cada asociación en el mercado, es importante garantizar que, controlando por el resto de criterios, empresas con mayor participación fuesen más fuertemente sancionadas por una conducta violatoria de las disposiciones de competencia. En este sentido, la participación de una empresa en el mercado representa para el Despacho un criterio objetivo a considerar en el proceso de la dosificación de la multa a imponer. En cuanto al beneficio obtenido por el infractor con la conducta sancionada, se reconoce que debe calificarse el monto de beneficio obtenido dentro de la serie de categorías, a las que se le asocian puntos porcentuales de penalización mayores entre mayor sea el nivel de beneficio adicional obtenido por la conducta. Como ya fue mencionado por este Despacho al momento de analizar aquellos argumentos considerados como agravantes de la conducta sancionada, serán tenidos en cuenta la persistencia de la conducta por parte del infractor, los antecedentes en relación con infracciones al régimen de

protección de la competencia y la actuación como líder, instigador o promotor de la conducta del investigado. Cada uno de estos tres elementos, denominados como agravantes de la conducta, serán utilizados por esta Superintendencia al momento de realizar el proceso de dosificación de la sanción para cada una de las empresas involucradas. En cuanto a la persistencia de la conducta infractora, la norma prevé analizar si la conducta es tipificada como conducta continuada a lo largo del tiempo o, por el contrario, si ésta se circunscribe en una determinada fecha. De ocurrir el primer evento, será necesario considerar un factor que incremente la sanción que se prevea imponer.

En cuanto a la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de competencia, al incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de la autoridad de competencia no aceptadas a cabalidad, este Despacho considera importante mencionar que serán tenidas en cuenta el número de estas faltas anteriores como historial que induce a generar un factor amplificador del monto calculado de la sanción. Importa mencionar que en el tema de antecedentes mencionado, el Despacho considerará no solamente aquellas sanciones impuestas sino también aquellas investigaciones adelantadas en las que el infractor haya estado involucrado y se haya cerrado dicha actuación por parte de esta Entidad por aceptación de ofrecimientos de garantías. Frente al hecho de que el infractor haya actuado como líder o instigador o en cualquier forma haya sido promotor de la conducta, nuevamente esta Superintendencia entrará a evaluar las motivaciones que llevaron al establecimiento del acuerdo y de ser afirmativa la respuesta amplificará la sanción a través del aumento de puntos porcentuales sobre la sanción calculada. Finalmente frente al único atenuante señalado como causal de reducción de la sanción, este Despacho considerará al grado de colaboración del infractor con las autoridades para el conocimiento de los hechos y los detalles de la conducta

reprochable, y generará una reducción del porcentaje estipulado como determinante de la sanción.

Decisión:

En presente caso se observa que la conducta reprochada no generó un impacto en el mercado por tanto en la tabla de

Determinación del Nivel Inicial de la sanción es clasificado como bajo. A su vez, reconoce este Despacho que los beneficios potenciales a obtener por la participación en el acuerdo para las empresas participantes citadas resulta ser igualmente bajos, si se tiene en cuenta que, con la realización de la conducta reprochada se buscaba neutralizar los efectos anticompetitivos derivados del acuerdo de precios cuya existencia fue establecida por esta Superintendencia en las Resoluciones N° 6839 de 2010 y 42411 de 2.010. Asimismo, se debe reconocer que la participación de las investigadas en el número total de hectáreas destinadas a la producción de etanol es baja, especialmente la de AZUCARI (1.7%). La de PROCAÑA es superior pero de un potencial bastante limitado (19.8%). No solo por las bajas cifras que muestran las estadísticas sino también por cuanto sus adversarios disponen de una fuerza competitiva con capacidad para neutralizar los embates de los cañicultores.

Frente a las diferencias en el nivel de patrimonio entre PROCAÑA y AZUCARI esta Superintendencia considera necesario realizar un último ajuste al valor de la multa a imponer, teniendo en cuenta que PROCAÑA cuenta con un patrimonio de 703 SMMLV de 2008 y que AZUCARI a cuenta con un patrimonio a 2009 de 34 SMMLV.

Por todo lo anterior, este Despacho determina que PROCAÑA será multada con VEINTICUATRO PUNTO DOS salarios mínimos mensuales legales vigentes (24.2 SMMLV lo que equivale a DOCE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL QUINIENTOS

VEINTE PESOS MCT (\$12.961.520)). En el caso de AZUCARI la multa a imponer será de SIETE PUNTO CUARENTA salarios mínimos mensuales legales vigentes (7.4 SMMLV.) Lo que equivale a TRES MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS (\$3.963.440).

Fuente propia del autor

Respecto de la breve reseña hecha anteriormente sobre la resolución sancionatoria seleccionada del año 2011, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, nos permitimos realizar el siguiente análisis: 1) La SIC parte de un análisis sistemático del caso en concreto, donde pone de manifiesto, primero cuáles son las conductas que se investigan, y posteriormente desarrolla su posición sobre la base de los resultados obtenidos de la investigación que se adelantó respecto de las conductas desplegadas por los sujetos investigados. 2) En el caso en concreto, la SIC halló como contraria a libre competencia la realización de actos de influenciación. Para lo cual, también se valió la SIC del análisis hecho de la participación real en el mercado de las asociaciones investigadas. Es decir, qué tanto podrían afectar a los demás agentes económicos participantes en el mercado en cuestión, la adopción de medidas o prácticas llevadas a cabo por los investigados. Por lo cual, amparados en lo que enuncian algunos autores, tenemos que:

Un acuerdo entre empresarios con una elevada cuota de mercado posiblemente pueda afectar la competencia. No sucedería así, salvo otras consideraciones, si los participantes son minoritarios en el mercado. Si deciden los empresarios minoritarios pactar unos precios, el consumidor tendría la posibilidad de acudir a los productos o servicios de las empresas restantes, obligando en el futuro a quienes participan en el acuerdo a

reconsiderar sus posiciones que, de continuar así, implicaría la pérdida de clientes en el mercado.

De esta manera, solo aquellas conductas de operadores económicos con capacidad de afectar el sistema de competencia, es susceptible de revisión para determinar si constituyen o no ilícitos concurrenciales. (Jiménez Valencia, 2019, p. 23).

Dicho esto, vemos la importancia de determinar si las personas o empresas investigadas tienen la capacidad de crear distorsiones de tipo anticompetitivo dentro del mercado en el cual compiten. 3) Por último, en la resolución se puede evidenciar como la SIC enuncia algunos de los criterios que tuvo en cuenta al momento de determinar la responsabilidad de las entidades investigadas, los cuales parafraseamos así: a) aspectos relacionados con el mercado sobre el cual se presentan las conductas reprochadas en la resolución; b) criterios referentes a la caracterización y responsabilidad de los infractores, beneficio obtenido, grado de participación dentro del ilícito concurrencial y la cuota de participación dentro del mercado sobre el cual recae el ilícito; c) grado de afectación o impacto en el mercado de la conducta anticompetitiva; d) empresas con mayor grado de participación serían más fuertemente sancionadas, al igual que empresas con mayor beneficios percibidos por la práctica del ilícito; e) duración en el tiempo de la conducta anticompetitiva; f) antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la libre competencia.

Tabla 6

Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2012

Número de resolución:	53992 del 14 de septiembre de 2012.
Personas sancionadas:	Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. –EAAB.

Monto de la multa impuesta:	A la sociedad se le impuso una sanción de trescientos diez millones seiscientos sesenta y ocho mil setecientos ochenta y un pesos (\$310.668.781 COP).
Conductas anticompetitivas investigadas:	De acuerdo con el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se considera abuso de posición de dominante ²² <i>"La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado"</i>
Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio:	La Delegatura señala que la infracción se dio porque la conducta anticompetitiva desplegada por la EAAB se configura como una práctica, procedimiento o sistema
<p>tendiente a limitar la competencia, donde el vocablo "tendiente" indica que la norma no castiga exclusivamente el efecto, sino que también indica que el desarrollo de la práctica tenga como fin o sea idónea para limitar la libre competencia, a través de dos vías:</p> <p>(i) Incrementos tarifarios para el suministro de agua en bloque superiores a 90% a compradores caracterizados por ser competidores de la EAAB en el mercado de comercialización de agua a usuarios finales en Bogotá y Soacha (EMAR y COOPJARDIN), con el propósito de afectarlos negativamente para reducir o eliminar la competencia.</p>	

(ii) Desincentivos para la entrada de nuevas empresas al mercado relevante, debido a la creación de barreras artificiales consistentes en elevados costos de suministro del agua en bloque para la prestación del servicio de agua potable a los usuarios finales.

El Informe Motivado señala que el abuso de la posición de dominio que se reprocha se dio en el mercado de la venta de agua en bloque, pero su objeto y los efectos pretendidos se verían reflejados en el mercado de prestación del servicio de acueducto en la zona geográfica en donde participa la EAAB, y en la cual compite directamente o se erige como competidor potencial de las empresas de acueducto que se abastecen de ésta a través de los contratos de suministro de agua en bloque, en especial las sociedades EMAR S.A. y COOPJARDIN.

El servicio de suministro de agua en bloque que es objeto de esta investigación se puede definir como el suministro de agua a una empresa prestadora del servicio público de acueducto para que ella la distribuya y/o comercialice entre sus usuarios. Al respecto, este Despacho considera pertinente señalar que según el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, en los casos en los que existen normas particulares para algunos sectores, éstas prevalecen exclusivamente en el tema específico. De acuerdo con lo anterior, es necesario remitirse a la Ley 142 de 1994 por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

En efecto, el numeral 13 del artículo 14 de la citada Ley señala que la posición dominante *"es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y a la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos a éste, **cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado**"* (negrilla fuera de texto).

En cuanto a las barreras de entrada al mercado del servicio de agua en bloque, es importante resaltar que la Delegatura identificó las siguientes: (i) Restricciones en la disponibilidad natural del insumo, (ii) Altos costos de inversión, (iii) Economías de escala, y (iv) Costos hundidos.

De acuerdo con lo anterior, para este Despacho es claro que las barreras encontradas por la Delegatura, si bien no impiden la entrada de potenciales competidores al mercado definido como el servicio de suministro de agua en bloque, si la dificultan o retrasan de manera significativa.

Para el presente caso, se debe analizar si la EAAB desarrolló *"prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"*, razón por la que se debe determinar si la conducta desplegada por la EAAB era tendiente a afectar la libre competencia.

Al respecto, se considera que al establecer aumentos superiores al 90% en las tarifas de suministro de agua en bloque a sus competidores en el servicio público domiciliario de acueducto, y al imponer barreras artificiales consistentes en elevados costos de suministro de un insumo básico para la prestación de dicho servicio, la EAAB llevó a cabo una conducta en el mercado del servicio de suministro de agua en bloque, que tenía como objeto limitar o eliminar la competencia en el mercado del servicio público domiciliario de acueducto.

En este sentido, es claro que contrario a lo que afirma el Apoderado, el aumento de las tarifas de suministro de agua en bloque impuesto solo a aquellos comercializadores que eran sus competidores, inducía la salida del mercado de los participantes actuales e imponía barreras artificiales a la entrada que desincentivaban la entrada de nuevos competidores.

Decisión:

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, norma vigente para la época de los hechos, el Superintendente de

Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el citado decreto. En el

caso concreto, se ha establecido que: (i) la EAAB trasgredió con su comportamiento la prohibición general contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1955 de incurrir en prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, y (ii) que ese comportamiento se adecúa a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, que establece que la venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado se constituye en un abuso de la posición dominante.

El presente caso reviste una especial importancia si se tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 142 de 1994, el servicio público domiciliario de acueducto es un servicio público esencial y que su prestación, según el numeral 2.4 del artículo 2 de la misma Ley, debe ser continua e ininterrumpida, sin excepción alguna salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico.

Teniendo en cuenta que el monto de las ventas de agua en bloque de la EAAB para 2010 fue de \$ 20.712.585.439,00, y de este monto, \$ 737.530.820,00 correspondió a las ventas a EMAR y COOPJARDIN, se tiene que éstas representaron aproximadamente el 3% de las ventas de agua en bloque de la EAAB. Quedó demostrado que la EAAB ostenta posición de dominio en el mercado del servicio de suministro de agua en bloque y que con la aplicación de las tarifas establecidas en el Acuerdo No. 08 de 2008 la investigada abusó de dicha posición. No obstante lo anterior, este Despacho reconoce que al retractarse la EAAB del cobro de dichas tarifas a EMAR y COOPJARDIN, estas últimas empresas no trasladaron el incremento en su tarifa de compra de agua en bloque a los usuarios finales, por lo cual la conducta no tuvo efectos sobre estos. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la EAAB no tiene ningún tipo de antecedentes en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia.

Con base en las anteriores consideraciones, este Despacho encuentra procedente imponer a la EAAB, la multa de TRESCIENTOS DIEZ MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$310.668.781.00), que equivale al 1,5% de las ventas totales de agua en bloque de la EAAB para 2010 lo cual corresponde a un 27,4% de la multa máxima aplicable de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Fuente propia del autor

Respecto de la breve reseña hecha anteriormente sobre la resolución sancionatoria seleccionada del año 2012, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, nos permitimos realizar el siguiente análisis: 1) La SIC parte de un análisis sistemático del caso en concreto, donde pone de manifiesto, primero cuáles son las conductas que se investigan, y posteriormente desarrolla su posición sobre la base de los resultados obtenidos de la investigación que se adelantó respecto de las conductas desplegadas por los sujetos investigados. 2) En el caso en concreto, la SIC halló como contraria a libre competencia el abuso de la posición dominante por la venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado, esto es condiciones discriminatorias para prestaciones equivalentes. Así, Jiménez Valderrama (2019) explica los efectos de dicha conducta en los siguientes términos:

Una empresa dominante en el mercado les aplica a diversos clientes precios elevados con la finalidad de incrementar sus costos internos de producción y reducir márgenes, obstaculizando su capacidad competitiva en un mercado conexo, en el cual hay un interés de la empresa dominante o alguna de su grupo, bien sea porque ya están allí o porque quieren estar en el futuro (p. 55).

La Delegatura para la Protección de la Competencia de la SIC, puso de manifiesto la posición dominante con la que contaba la empresa investigada en el caso en concreto. En palabras de Jiménez Valderrama (2019) encontramos que:

La negativa a suministrar un producto a empresas que compiten con la dominante en mercados conexos, sin justificación alguna, constituye un mecanismo también de discriminación en el trato, que puede conllevar un abuso, si representa como efecto alteraciones en la competencia en dichos mercados conexos (p. 57).

3) Por último, en la resolución se puede evidenciar como la SIC enuncia algunos de los criterios que tuvo en cuenta al momento de determinar la responsabilidad de las entidades investigadas, los cuales parafraseamos así: a) en lo que concierne a las prácticas, destaca la Delegatura que la norma de protección de la competencia no castiga solamente el efecto, sino que castiga por igual el fin de la misma y que dicha práctica encaminada a un fin sea idónea para limitar la libre competencia; b) la Delegatura encontró ilícitos los desincentivos para la entrada de nuevas empresas al mercado relevante, a través de la imposición de barreras por parte de la empresa que se encuentra en posición de dominio; c) el Despacho, en aplicación del artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, utilizó la definición de posición dominante contenida en la norma particular existente para el sector de los servicios públicos.

Tabla 7

Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2013

Número de resolución:	53403 del 3 de septiembre de 2013.
Personas sancionadas:	Comunicación Celular S.A. –Comcel S.A.
Monto de la multa impuesta:	A la sociedad investigada se le impusieron dos multas, una de cincuenta y tres mil

	novecientos nueve millones setecientos setenta y cinco mil pesos (\$53.909.775.000 COP). Y otra por valor de treinta y tres mil ochocientos cuarenta millones doscientos cuarenta y siete mil quinientos pesos (\$33.840.247.500 COP).
	Infracción a lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, y en la violación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio:	Que la actuación tuvo origen en una comunicación proveniente de la COMISION
<p>DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES (en adelante "CRC"), radicada ante esta Entidad el 30 de agosto del 2011 con el No. 11-110889, mediante la cual la CRC trasladó una serie de quejas presentadas por usuarios de Telefonía Móvil Celular (en adelante "TMC"), relacionadas con ciertas irregularidades presentadas al momento de hacer uso del derecho a la Portabilidad Numérica Móvil (en adelante "PNM". La Delegatura afirma que COMCEL obstaculizó los procesos de apertura de bandas de los equipos terminales a los usuarios que se encontraban en proceso de portación. COMCEL impartió directrices a sus "Centros de Atención al Cliente de COMCEL – CAC" (en adelante "CAC") para que sólo realizaran procesos de aperturas de bandas de terminales cuando los consumidores cumplieran con requisitos establecidos por dicha compañía, los cuales ni siquiera estaban incluidos en la regulación de la CRC sobre portabilidad numérica. Los requisitos para la apertura de bandas</p>	

que COMCEL exigía a sus usuarios eran los siguientes: (i) tener una solicitud de portación aceptada; (ii) haber permanecido con la línea un mínimo de 12 meses; (iii) presentar, obligatoriamente, un documento de identificación o certificado de existencia y representación legal para las personas jurídicas; y (iv) presentar, en original, la factura de compra del equipo - requisito que no es indispensable para corroborar la titularidad del equipo, y en la mayoría de las ocasiones imposible de cumplir. Asimismo, la Delegatura manifestó que COMCEL no solo manipuló a su favor las variables del mercado, sino que también afectó el libre desempeño comercial de sus competidores, quienes perdieron parte de la numeración que les había sido asignada inicialmente por el regulador, todo gracias a las portaciones ficticias que llegaron a la red de COMCEL, quien en lugar de retornar la totalidad de dichas líneas mediante un proceso de cancelación, tomó provecho de éstas mediante la comercialización de SIM Cards prepago con numeración asociada a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES y COLOMBIA MOVIL S.A. Teniendo en cuenta la identidad encontrada por la Delegatura entre el mercado definido por la CRC y el impactado por las conductas investigadas, se tuvo a bien definir el mercado relevante como el de *"Voz Saliente Móvil"* y, más concretamente, el *"marco de la Portabilidad Numérica Móvil"*. En cuanto a la dimensión geográfica del mercado, la Delegatura estableció la misma a nivel nacional, al igual como lo hizo la CRC, que en el Anexo 1 de su Resolución No. 2058 de 2009 incluye el mercado *"Voz Saliente Móvil"* en la categoría *"Mercados minoristas definidos con alcance nacional"*. Es claro que en la aplicación de las normas sobre protección de la competencia, incluida las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, esta Superintendencia debe tener en cuenta los propósitos de la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. Es más, en la decisión de iniciar o no una investigación por infracción de las normas sobre prácticas

comerciales restrictivas, incluido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esta Superintendencia debe tener en cuenta los propósitos anteriormente enunciados. Así las cosas, en la determinación de si una conducta viola lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esta Superintendencia debe tener en cuenta la manera como la conducta en mención afecta la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. De lo contrario, esta Superintendencia podría erróneamente sancionar conductas que si bien limitan la libre competencia entre agentes del mercado, generan eficiencias económicas y/o beneficios al consumidor que compensan o exceden los efectos adversos creados por dichas conductas. Por las anteriores consideraciones, en la aplicación de las normas sobre protección de la competencia, incluido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esta Superintendencia debe tener en cuenta los propósitos de la libre participación de los agentes en el mercado, la eficiencia económica y el bienestar de los consumidores. Tal interpretación evita los efectos nocivos propuestos por la investigada de sancionar cualquier conducta que restrinja la libre competencia sin considerar los objetivos que el propio régimen establece, cuestión que, como bien lo manifiesta la investigada, estarían incluso en contra del régimen mismo.

Decisión:

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también

que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad". Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados, actuación procesal, etc. Estos criterios serán ponderados por la Entidad de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. Para el caso bajo estudio, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con el sector de la telefonía móvil, el cual presenta unos altísimos niveles de penetración entre la población colombiana. Por consiguiente, cualquier afectación que conlleve a restringir los derechos de los consumidores y la libre competencia es especialmente grave y tendrá un impacto en la mayor parte de la población.

Este Despacho demostró que COMCEL, en su condición de dominante en el sector descrito previamente, afectó negativamente al proceso competitivo al desarrollar políticas comerciales y prácticas tendientes a obstruir dicho proceso, al no suministrar todos los equipos celulares con las bandas abiertas desde el momento que la CRC lo estableció a través de su regulación vinculante a todos los operadores del sector. Dicha política tampoco permitía a los usuarios a abrir las bandas de sus equipos en cualquier momento tras su compra, contraviniendo también la regulación de la CRC. Lo anterior obstaculizó los procesos de portación numérica, pues los usuarios con equipos con bandas cerradas ven que su costo de cambio de operador se

multiplica, al tener que comprar un equipo nuevo con dicho cambio. Así, por la implementación de esta política, la investigada quebrantó lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y por el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992. También se tendrá en cuenta para la dosificación de la sanción el carácter dominante de COMCEL, su participación en el mercado, y, por consiguiente, el impacto que cualquier conducta que realice producirá en el mercado relevante. Así mismo, se tendrá en cuenta el tamaño de la empresa, sus ingresos operacionales, utilidad operacional, patrimonio, y, en general, toda la información financiera de la misma, de tal forma que la sanción resulte disuasoria más no confiscatoria. Finalmente, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa. Así las cosas, este Despacho impone a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. una sanción total de OCHENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES VEINTIDÓS MIL QUINIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$87.750.022.500), equivalente a 148.855 SMMLV.

Fuente propia del autor

Respecto de la breve reseña hecha anteriormente sobre la resolución sancionatoria seleccionada del año 2013, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, nos permitimos realizar el siguiente análisis: 1) La SIC parte de un análisis sistemático del caso en concreto, donde pone de manifiesto, primero cuáles son las conductas que se investigan, y posteriormente desarrolla su posición sobre la base de los resultados obtenidos de la investigación que se adelantó respecto de las conductas desplegadas por los sujetos investigados. 2) En el caso en concreto, la SIC halló como contraria a libre competencia el abuso de la posición dominante por obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de

comercialización. Esto constituye un abuso, puesto que, el abuso trae consecuencias para los mercados, a la luz de lo explicado por Jiménez Valderrama (2019), así:

En estos casos, las condiciones de competencia ya se hayan debilitadas por la mera existencia de una posición de dominio, por lo cual, el establecimiento de este tipo de pactos puede llevar con relativa facilidad a una restricción a la competencia que se sea constitutiva de una explotación abusiva, en la medida que impliquen una obstaculización suficientemente intensa en el mercado para los demás competidores (p. 54).

3) Por último, en la resolución se puede evidenciar como la SIC enuncia algunos de los criterios que tuvo en cuenta al momento de determinar la responsabilidad de las entidades investigadas, los cuales parafraseamos así: a) la Superintendencia tuvo en cuenta los propósitos de la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica; b) la Superintendencia no podría erróneamente sancionar conductas que, si bien limitan la libre competencia entre agentes del mercado, generan eficiencias económicas y/o beneficios al consumidor que compensan o exceden los efectos adversos creados por dichas conductas; c) el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma; d) para el fin anteriormente descrito, se debe sopesar la gravedad de la falta, los efectos de la misma en el mercado, el beneficio reportado al infractor y la conducta procesal de los investigados.

Tabla 8

Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2014.

Número de resolución:	76724 del 16 de diciembre de 2014.
------------------------------	------------------------------------

Personas sancionadas:	Concesión Aeropuerto de San Andrés y Providencia S.A – CASYP.
Monto de la multa impuesta:	A la entidad se le impuso la sanción de seis mil ciento sesenta millones de pesos (\$6.160.000.000 COP).
Conductas anticompetitivas investigadas:	Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y de los numerales 1 y 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio:	Sea lo primero señalar que para este Despacho no existe duda de que el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, conforme al cual están prohibidos los acuerdos " <i>que tengan por</i> <i>objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios</i> ", reprocha tanto los acuerdos horizontales como los acuerdos verticales de fijación de precios. Por otra parte, el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 establece que los propósitos de las actuaciones administrativas que tramita la SIC en materia de protección de la competencia son: " <i>la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica</i> ", los cuales pueden verse afectados tanto por la celebración de acuerdos horizontales como verticales en un mercado. Para esta Superintendencia, si bien los acuerdos verticales usualmente tienen efectos anticompetitivos (como los que se ilustraron anteriormente), también pueden tener excepcionalmente efectos pro-competitivos, y por consiguiente no ser ilegales. Es por esto que no todo acuerdo vertical que involucra la fijación

de un precio aguas abajo (o cualquier otra restricción) es por sí mismo ilegal. Para ello, la Superintendencia tendrá que concluir, después de realizar una investigación y de que los investigados hayan presentado las razones económicas de su conducta, que el acuerdo vertical no genera eficiencias que sean suficientes para contrarrestar las restricciones a la competencia generadas por la misma. Por el contrario, si después de que la SIC demuestra la existencia de una restricción derivada de un acuerdo vertical (como por ejemplo el establecimiento de precios mínimos de reventa a distribuidores) los investigados prueban que la misma se justifica en serias razones de eficiencia que son suficientes para contrarrestar la restricción, la Superintendencia no podría considerar que la conducta es ilegal y sancionable, razón por la cual no podría afirmar que se encuadra en la prohibición del numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. En este sentido, una vez la SIC ha probado que existe un acuerdo vertical en el que se fijan precios o en el que se reparten mercados (o cualquier otro que limite la competencia), serán los investigados quienes tendrán la carga de probar que a pesar de que el acuerdo tiende a producir restricciones a la competencia, está justificado en razones de eficiencia que eliminan su naturaleza anticompetitiva. (p. 64) El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener. Según la Delegatura, la distorsión ocasionada por el acuerdo se traduce en que, por vía contractual, la

tarifa que **CHEVRON** debe pagar a **CASYP**, por el derecho de exclusividad deja de ser un costo de **CHEVRON** para trasladarse al siguiente eslabón de la cadena. De esta manera, el porcentaje de traslado del costo al siguiente eslabón de la cadena, que debería ser el resultado de un ejercicio interno de maximización de utilidades de **CHEVRON**, es determinado vía contractual por **CASYP** sin ninguna racionalidad económica distinta a: (i) el interés de **CASYP** de extraer una mayor renta; y (ii) el incentivo de **CHEVRON** de obtener el derecho de exclusividad a costa del siguiente eslabón de la cadena. Este tipo de traslado de cargos entre diferentes agentes de una cadena de valor vertical es comúnmente conocido como *"pass through"*.

La facultad que tienen algunas autoridades de competencia para sancionar a agentes del mercado por imponer precios *"altos"*, *"excesivos"* o *"inequitativos"*, ha sido criticada tanto por académicos como practicantes en diversas jurisdicciones. La reticencia de algunas autoridades de competencia para asumir funciones que podrían acercarse a la regulación de precios no sólo se deriva de las profundas dificultades técnicas para determinar el precio *"correcto"* o el precio *"incorrecto"*, sino también de la creencia unificada en el mundo del Derecho y la Economía de la Competencia de que es mejor dejar la fijación de los precios al libre juego de la oferta y la demanda, a la economía de mercado. Es por ello que la mayoría de autoridades y practicantes reconocen que la tarea fundamental de las autoridades de competencia es promover y defender las estructuras de mercado competitivas y eficientes, y salvaguardar dichas estructuras de las conductas que realicen los participantes con el objeto de lesionar la promesa de entregar bienes y servicios de calidad a precios competitivos que está inmersa en los mercados que tienen tales características.

Decisión:	Una vez definidas las responsabilidades de las investigadas, este Despacho procede a dosificar la multa a imponer a CASYP por establecer un procedimiento tendiente a fijar precios inequitativos para la determinación
<p>del <i>fee</i> de acceso a pista, con base a los principios de proporcionalidad y los criterios establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, a saber: <i>El beneficio obtenido por el infractor con la conducta:</i> como se pudo anotar anteriormente, la fijación del nuevo valor del <i>fee</i> de acceso a pista le permitió a CASYP obtener unos recursos superiores a los que en proyecciones del mismo concesionario esperaba obtener por este concepto. En efecto, CASYP logró obtener, hasta julio de 2014, ingresos aproximados de \$22.260.788.362, valor que se encuentra 126,5% por encima de los proyectados en su estructuración financiera del <i>fee</i> de acceso a pista. Pese a lo anterior, no se pudo concluir que esos ingresos adicionales representaran una utilidad superavitaria de CASYP hasta mediados de 2014, pues las utilidades de la concesión están, en concepto del perito contratado, por debajo de las esperadas. No obstante, lo anterior, este análisis no tiene en cuenta que la concesión estaba proyectada para durar hasta 2027, y que, si bien en este momento los ingresos de la concesión estaban por debajo de lo proyectado, no se puede afirmar lo mismo de los ingresos que con un <i>fee</i> de \$1.200 pesos por galón habría obtenido CASYP hasta el año 2027.</p> <p><i>El grado de participación del implicado:</i> Como ya se afirmó, la responsabilidad de la conducta reprochada recae exclusivamente en cabeza de CASYP, pues su conducta fue unilateral y no se vislumbró coautoría alguna en CHEVRON u otro agente del mercado.</p>	

La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción: Es evidente la existencia de un monopolio en cabeza de CASYP, por lo que su cuota de mercado compone el ciento por ciento (100%) del servicio de abastecimiento de combustible para aeronaves en el Aeropuerto Internacional Gustavo Rojas Pinilla de San Andrés.

En cuanto a las ventas involucradas en la infracción, se deben tener en cuenta los ingresos que CASYP percibió por concepto del fee de acceso a pista desde el establecimiento de la nueva tarifa de \$1.200 pesos por galón. Aunado a lo anterior, y como último de los criterios contenidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 para el establecimiento de la sanción, este Despacho tendrá en cuenta el patrimonio y las utilidades de CASYP registrados en los estados financieros que obran en el expediente. Así las cosas, al hacer un análisis de los factores de dosificación referidos, así como los criterios de proporcionalidad que cobijan las decisiones de esta Entidad, este Despacho determina que la CONCESIÓN AEROPUERTO DE SAN ANDRÉS Y PROVIDENCIA S.A. - CASYP-, identificada con NIT. 900.127.236, será multada con DIEZ MIL SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (10.000 SMMLV), equivalentes a SEIS MIL CIENTO SESENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$6.160.000.000).

Fuente propia del autor

Respecto de la breve reseña hecha anteriormente sobre la resolución sancionatoria seleccionada del año 2014, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, nos permitimos realizar el siguiente análisis: 1) La SIC parte de un análisis sistemático del caso en concreto, donde pone de manifiesto, primero cuáles son las conductas que se investigan, y posteriormente desarrolla su posición sobre la base de los resultados obtenidos de la

investigación que se adelantó respecto de las conductas desplegadas por los sujetos investigados.

2) En el caso en concreto, la SIC halló como contraria a libre competencia los acuerdos que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios y los que tengan por objeto o tengan como efecto subordinar el suministro de un producto a aceptación de obligaciones adicionales que por su naturaleza no constituían el objeto del negocio. Sobre este último acota Jiménez Valderrama (2019): “Estos pactos pueden insertarse en acuerdos verticales, por ejemplo, si en un acuerdo de distribución comercial se establecen cláusulas que subordinen el suministro de un producto a obligaciones adicionales con efectos anticompetitivos” (p. 29).

3) Por último, en la resolución se puede evidenciar como la SIC enuncia algunos de los criterios que tuvo en cuenta al momento de determinar la responsabilidad de las entidades investigadas, los cuales parafraseamos así: a) el beneficio obtenido por el infractor con la conducta; b) el grado de participación de los implicados; c) la cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y de sus ventas involucradas en la infracción.

Tabla 9

Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2015.

Número de resolución:	16562 del 14 de abril de 2015.
Personas sancionadas:	Molinos ROA S.A (Hoy organización ROA FLORHUILA S.A).
Monto de la multa impuesta:	A la sociedad se le impuso la multa de treinta y dos mil doscientos diecisiete millones quinientos mil pesos (32.217.500.000 COP).
Conductas anticompetitivas investigadas:	artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y en el numeral 2 del artículo 48 del

	Decreto 2153 de 1992 (influenciación de precios).
Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio:	<p>Los actos restrictivos de la competencia son comportamientos unilaterales, cuestión que los diferencia de los acuerdos restrictivos de la competencia (carteles empresariales) que suponen la participación de dos o más agentes del mercado. Adicionalmente, los actos restrictivos de la competencia, para configurarse, no requieren ser llevados a cabo por un sujeto calificado o dominante, elemento que diferencia esta conducta de aquellas constitutivas de abuso de la posición dominante, que suponen que el agente que las realiza debe ostentar dicha calidad.</p> <p>Sin embargo, no puede ignorarse que para que un acto restrictivo de los contenidos en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 goce de la entidad suficiente para generar efectos anticompetitivos al mercado, se requiere que el agente que lo desarrolla al menos tenga la posibilidad de influir en el funcionamiento del mismo o de modificar su estructura. Así las cosas, si bien no se requiere que quien realice el acto proscrito en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 ostente posición de dominio, sí deberá tener algún grado de influencia relevante en el mercado.</p> <p>El artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 establece tres (3) conductas que constituyen actos restrictivos de la competencia, cada una de las cuales presenta características y presupuestos particulares para su configuración. El acto restrictivo establecido en el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 (actos de influenciación), que fue el imputado a MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA en el presente caso, se refiere a la conducta a través de la</p>

cual un agente del mercado influencia a otro para que incremente los precios de sus productos o servicios, o para que desista de su intención de rebajarlos. En este evento, se requiere que el agente económico que desarrolla la conducta tenga el poder suficiente para influenciar otro agente para que modifique su política de precios, sin que para que se configure la violación sea necesario comprobar el efecto (p. 17). Los efectos de las restricciones verticales pueden ser anticompetitivos, neutrales, o incluso pro-competitivos, por lo que el efecto neto en la competencia y en la eficiencia económica no es obvio *a priori*. Los efectos favorables a la competencia podrían básicamente consistir en incrementos en los niveles de eficiencia, al permitir a un vendedor y un comprador reducir sus costos de transacción, optimizar los niveles de inversión, y eliminar las distorsiones de precios que pudieren surgir y afectar al consumidor. Para determinar si una empresa tiene poder de mercado, las autoridades de competencia consideran que, en adición a la cuota de mercado, deben tenerse en cuenta las presiones competitivas que dicha empresa enfrenta, es decir, competencia actual, competencia potencial, poder de compra, barreras de entrada, entre otras.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación, este Despacho determinará el grado de poder de mercado de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA. Para ello, en primer lugar, se referirá a la participación conjunta de los molinos investigados y la competencia actual, para posteriormente analizar las barreras de entrada y la competencia potencial.

Decisión:

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas de competencia, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el

derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada. Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad". Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados, actuación procesal, etc.

Estos criterios serán ponderados por la Entidad, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. Para el caso bajo estudio, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con el arroz blanco, producto que, como se mencionó anteriormente, tiene un rol importante en la canasta familiar y un impacto significativo sobre la pobreza y la pobreza extrema, especialmente en el sector

rural. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la competencia en este sector tendrá un impacto importante en el bienestar de la población colombiana. En el caso concreto, se ha establecido que las empresas investigadas MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA infringieron el numeral 2 del artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, al influenciar el precio de venta al público del arroz blanco. En particular, quedó demostrado que con dicha influenciación, los molinos investigados restringieron la competencia intramarca en los canales de comercialización de arroz blanco de MOLINOS ROA y MOLINOS FLORHUILA, impidiendo que los consumidores puedan tener la posibilidad de obtener menores precios producto de la competencia entre los integrantes del canal. Para la dosificación de la sanción se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, utilidades operacionales, patrimonio, y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria. También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa. Así mismo, se tendrá en cuenta la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto involucrado. La sanción que deberá pagar la ORGANIZACIÓN ROA FLORHUILA S.A. es de treinta y dos mil doscientos diecisiete millones quinientos mil pesos moneda corriente (\$ 32.217.500.000.00) equivalentes a cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (50.000 SMMLV).

Fuente propia del autor

Respecto de la breve reseña hecha anteriormente sobre la resolución sancionatoria seleccionada del año 2015, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, nos permitimos realizar el siguiente análisis: 1) La SIC parte de un análisis sistemático del caso en concreto, donde pone de manifiesto, primero cuáles son las conductas que se investigan, y

posteriormente desarrolla su posición sobre la base de los resultados obtenidos de la investigación que se adelantó respecto de las conductas desplegadas por los sujetos investigados.

2) En el caso en concreto, la SIC halló como contraria a libre competencia el acto de influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para desista de su intención de rebajar los precios. De acuerdo al Consejo de Estado el elemento subjetivo del acto de influenciación se refiere a los sujetos activos o pasivos que se encuentran inmersos en la conducta; el sujeto activo es quien ejerce el acto de influenciar sobre una empresa determinada, con la intención de poder incidir en su política de precios y el sujeto pasivo, es el destinatario de los actos de influenciación, entendiéndolo como aquel que recibe el mensaje u orden por parte del sujeto activo. 3) Por último, en la resolución se puede evidenciar como la SIC enuncia algunos de los criterios que tuvo en cuenta al momento de determinar la responsabilidad de las entidades investigadas, los cuales parafraseamos así: a) se requiere que el agente que desarrolla la conducta investigada tenga la capacidad suficiente para generar efectos anticompetitivos en el mercado; b) igualmente se requiere también, que el agente que despliegue dicho comportamiento tenga la posibilidad real o el poder suficiente para influenciar a otro agente para que modifique su política de precios; c) para determinar si una empresa tiene poder de mercado, debe tenerse en cuenta adicionalmente factores como la competencia actual, competencia potencial, poder de compra y barreras de entrada al mercado; d) en materia sancionatoria administrativa opera igualmente el principio de proporcionalidad de modo que el ejercicio de la potestad sancionadora logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción finalmente aplicada luego de la aplicación de la actuación administrativa correspondiente; e) Para la dosificación de la sanción se tuvo en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, utilidades operacionales y patrimonio.

Tabla 10

Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2016

Número de resolución:	30300 del 23 de mayo de 2016.
Personas sancionadas:	Siloe Casting Colombia S.A.S., Zoomproducciones Ltda., Carácter Producción de Talento S.A.S., y Lion Producciones S.A.
Monto de la multa impuesta:	En el orden en que aparecen en el renglón anterior, se le impuso a cada una de las sociedades las multas de: \$13.099.645, \$17.236.375, \$689.455 y \$11.720.735 millones respectivamente.
Conductas anticompetitivas investigadas:	Numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (Acuerdo de precios).
Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio:	Frente al mercado relevante en el caso, la Delegatura consideró que son los servicios prestados por las agencias de casting a nivel nacional, a saber: (i) servicio de casting para la selección de modelos; (ii) representación de los modelos y su remuneración; y (iii) los derechos de modelaje para la retransmisión de productos publicitarios. Como resultado de la investigación realizada la Delegatura concluyó en su Informe Motivado lo siguiente: - Que los agentes del mercado investigados participaron en la celebración del " <i>CONVENIO DE CONCERTACIÓN ENTRE AGENCIAS DE CASTING</i> ".

- Que el documento denominado "*CONVENIO DE CONCERTACIÓN ENTRE AGENCIAS DE CASTING*" se presume auténtico, y no fue desconocido ni tachado de falso por los investigados.
- Que están plenamente identificadas las personas firmantes y su relación con los agentes del mercado.
- Que el "*CONVENIO DE CONCERTACIÓN ENTRE AGENCIAS DE CASTING*" da cuenta de la existencia del cartel empresarial para la fijación de precios, en la modalidad de acuerdo anticompetitivo suscrito por los investigados y contiene cláusulas restrictivas de la libre competencia, entre otras, aquellas que fijan precios entre competidores.
- Que el "*CONVENIO DE CONCERTACIÓN ENTRE AGENCIAS DE CASTING*" es un acuerdo que tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la competencia del mercado.
- Que el objeto anticompetitivo del acuerdo se desprende de la fijación de los precios relacionados con la prestación del servicio de selección de modelos con fines publicitarios (servicio de casting), los valores mínimos de los honorarios de los modelos y el porcentaje o comisión sobre dichos honorarios (representación).
- Que para el análisis de la conducta resultaba indiferente indagar sobre los móviles o intención que tuvieron los cartelistas. El acuerdo (cartel empresarial) incorpora cláusulas o compromisos abiertamente anticompetitivos que sustraen de la dinámica de la oferta y la demanda el comportamiento de los precios de los servicios mencionados.
- Que probada la existencia del acuerdo que por objeto resulta contrario a la libre competencia, no era necesario que la Delegatura indagara sobre los efectos del mismo en el mercado para insistir en su reproche.

El mercado que resultaría afectado con el "*CONVENIO DE CONCERTACIÓN DE AGENCIAS DE CASTING*" por el cual se inició la presente investigación es el relacionado con los servicios de casting ofrecidos por las agencias de casting, el cual comprende, según lo señaló la Delegatura, la prestación del servicio de selección de modelos con fines publicitarios y su representación. De acuerdo con lo expuesto por la Delegatura, los modelos requeridos para participar en la producción de material publicitario pueden ser contratados de forma directa o a través de un intermediario, como lo son las agencias de casting acá investigadas. Estas agencias, además de prestar el servicio de selección de los modelos según las necesidades del cliente, pueden actuar como sus representantes y negociar en su nombre las condiciones de la prestación de ese servicio.

En consecuencia, por regla general, los distribuidores y expendedores deben fijar libre y autónomamente los precios de acuerdo con su estructura de costos y su margen de utilidad, sin sujetarse al consenso de otras voluntades.

Estas condiciones del sistema de libre competencia son benéficas porque contribuyen a un mejor desarrollo de la economía y tutelan de manera efectiva los intereses de todos los agentes del mercado y del Estado mismo. De acuerdo con lo anterior, las conductas que coarten la libre competencia e impidan la libre formación del precio, se consideran ilegales por violar las normas de protección de la libre competencia y se denominan anticompetitivas o restrictivas de la competencia. Entre estas conductas, los carteles empresariales se distinguen por ser la conducta más dañina para los consumidores y la economía en general y es considerada como la conducta más reprochable en que puede incurrir un empresario.

De entrada, debe señalarse que el "*CONVENIO DE CONCERTACIÓN DE AGENCIAS DE CASTING*" constituye sin lugar a dudas como un acuerdo de precios (cartel empresarial), en la

medida en que, como se mostrará a continuación, en él se plasma la voluntad de cinco (5) competidores de someter la variable precio a un acuerdo común y no a las reglas de la competencia, evitando con ello la presión competitiva que comporta establecer cada uno su precio de acuerdo con las condiciones del mercado.

En efecto, la presente investigación inició como consecuencia del "*CONVENIO DE CONCERTACIÓN ENTRE AGENCIAS DE CASTING*", celebrado a través de sus representantes por cinco agentes económicos que participan en el mercado como agencias de casting de modelos (SILOE CASTING, ZOOMPRODUCCIONES, CARÁCTER PRODUCCIÓN, LION PRODUCCIONES y MANTICORA CASTING).

Decisión:

Respecto del *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, este elemento de dosificación no resulta aplicable plenamente en estos casos de conductas por objeto, pues

como su propia definición lo establece, esta ocurre precisamente cuando el efecto en el mercado no pudo causarse.

En cuanto al criterio de *la dimensión del mercado* sobre el cual pudo haberse desarrollado la conducta anticompetitiva investigada, se tuvo en cuenta que, pese a que las investigadas están domiciliadas en Bogotá, prestan sus servicios en todo el país. En consecuencia, el mercado potencialmente afectado era el de los servicios de casting ofrecidos por las agencias de casting, el cual comprende, la prestación del servicio de selección de modelos con fines publicitarios y su representación a nivel nacional.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor con su conducta*, y tratándose de una conducta que se quedó en el objeto, no resulta aplicable este criterio.

Respecto del *grado de participación del implicado*, se tuvo en cuenta que la actuación de las sancionadas fue clara y directamente encaminada a fijar los precios y tarifas que cobrarían por sus servicios y los de sus modelos representados. Así, la participación de cada uno de los agentes de mercado fue total, desde la planeación del convenio hasta su suscripción

Frente a la *conducta procesal de la investigada*, su adecuada conducta procesal genera un efecto neutro en la dosificación de la multa a las sancionadas, ya que ejercieron su derecho de defensa y contradicción sin que se presentara ninguna conducta procesal que condujera a la agravación de la sanción.

Frente a la *cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción*, es importante mencionar que tal y como fue explicado por la Delegatura en el Informe Motivado, la alta sustituibilidad de los servicios prestados por las agencias de casting no permite verificar cuotas de participación confiables de los agentes que desarrollan esta actividad a nivel nacional, máxime si se tiene en cuenta que fue acreditado que prácticamente cualquier persona puede realizar este tipo de actividades con un mínimo de conocimientos o de inversión. En todo caso, precisamente por lo anterior, este Despacho no es ajeno al hecho que las investigadas tengan bajas cuotas de participación, lo cual se tendrá en cuenta al momento de imponer la sanción.

En consecuencia, IMPONER una multa a SILOE CASTING COLOMBIA S.A.S. identificada con NIT 900.360.235-2, de TRECE MILLONES NOVENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$13.099.645.00) equivalentes a DIECINUEVE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (19 S.M.L.M.V).

En consecuencia, IMPONER una multa a ZOOMPRODUCCIONES LTDA. identificada con NIT 900.189.419-9, de DIECISIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$17.236.375.00) equivalentes a VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (25 S.M.L.M.V).

En consecuencia, IMPONER una multa a CARÁCTER PRODUCCIÓN DE TALENTO S.A.S identificada con NIT 900.343.940-5, de SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$689.455.00) equivalentes a UN SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUA VIGENTE (1 S.M.L.M.V).

En consecuencia, IMPONER una multa a LION PRODUCCIONES S.A. identificada con NIT 830.078.696-2, de ONCE MILLONES SETECIENTOS VEINTE MIL SETECIENTOS TREINTA Y CINCO (\$11.720.735.00) equivalentes a DIECISIETE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (17 S.M.L.M.V).

Fuente propia del autor

Respecto de la breve reseña hecha anteriormente sobre la resolución sancionatoria seleccionada del año 2016, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, nos permitimos realizar el siguiente análisis: 1) La SIC parte de un análisis sistemático del caso en concreto, donde pone de manifiesto, primero cuáles son las conductas que se investigan, y posteriormente desarrolla su posición sobre la base de los resultados obtenidos de la investigación que se adelantó respecto de las conductas desplegadas por los sujetos investigados. 2) En el caso en concreto, la SIC halló como contraria a libre competencia los acuerdos que

tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios. Siguiendo la explicación de Jiménez Valderrama (2019) tenemos que:

Se entiende por cartel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores, cuyo objeto es la fijación de precios, cuotas de producción, de venta o de reparto de mercados o la restricción de importaciones o exportaciones. Este tipo de acuerdos se considera especialmente grave y difícilmente justificable por los evidentes perjuicios que se causa a los consumidores (p. 22).

3) Por último, en la resolución se puede evidenciar como la SIC enuncia algunos de los criterios que tuvo en cuenta al momento de determinar la responsabilidad de las entidades investigadas, los cuales parafraseamos así: a) el acuerdo celebrado entre los investigados demostró tener la suficiencias para restringir la competencia del mercado; b) se reiteró la obligación de competir que debe existir entre los agentes del mercado, comportándose de manera autónoma sin verse sujetos a otras voluntades; c) se tuvo en cuenta igualmente la dimensión del mercado, el beneficio obtenido por los infractores, el grado de participación de los mismos, la conducta procesal de los investigados y la cuota de mercado que ostentaba cada implicado.

Tabla 11

Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2017

Número de resolución:	71692 del 8 de noviembre de 2017.
Personas sancionadas:	Pilotos Prácticos del Pacífico S.A.S, Servicios de Pilotaje de Buenaventura S.A, Operadores Fluviales y Marítimos Rio y otros.
Monto de la multa impuesta:	A todas las sociedades se les impusieron multas de acuerdo a su grado participación. En

	total se impusieron multas por valor de mil cuatrocientos treinta y seis millones trescientos treinta y cinco mil novecientos noventa y nueve pesos \$ 1.436.335.999 COP.
Conductas anticompetitivas investigadas:	Numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdo de fijación de precios).
Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio:	SPILBUN, PILOTOS DEL PACÍFICO, RIO & MAR, PILOTOS DE BARRANQUILLA, S.T.M, MARCARIBE, PRACYMAR y BAUPRES, con la participación activa de sus agremiaciones ANPRA y ACEPRAC, acordaron cobrar una tarifa adicional al valor de la maniobra del piloto práctico que venían cobrando a sus clientes, para cubrir los gastos administrativos derivados de la prestación del servicio público de practicaaje. En el Expediente obran pruebas de que cada una de las empresas de practicaaje investigadas incluyeron en sus liquidaciones y cobraron efectivamente a sus clientes en diferentes fechas el nuevo rubro por costos administrativos en cumplimiento de lo acordado en la reunión del 25 de enero de 2012 convocada por ACEPRAC. Lo anterior se verificó incluso para las investigadas que no asistieron a la reunión del 25 de enero de 2012, pero que ejecutaron el acuerdo como miembros de ACEPRAC.- Algunas de las empresas de practicaaje investigadas incluso enviaban por separado cartas idénticas informando sobre el cobro por costos administrativos, lo que evidencia que compartieron las gestiones comerciales que adelantaron en el mercado, las condiciones de negociación que presentaban a sus clientes y las labores que emprendieron con el fin de cubrir sus gastos de operación y administración. La Superintendencia de Industria y

Comercio, a través de distintas decisiones, ha interpretado la anterior disposición como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe toda práctica que conlleve a restringir la competencia en un Mercado. De esta manera, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, incluye tanto las conductas definidas en el Decreto 2153 de 1992, como aquellas otras conductas que tienden a limitar la libre competencia económica. Así las cosas, cuando se determina que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos estaría violando la prohibición general, sin que ello signifique que no pueda encuadrarse en los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992. En otros términos, si una conducta anticompetitiva se encuadra en las prácticas restrictivas de la competencia establecidas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también resultan violatorias de la prohibición general, teniendo en cuenta que esta abarca todas las conductas, prácticas, procedimientos o acuerdos que limiten, o tiendan a limitar la competencia. Así las cosas y con base en las anteriores consideraciones, el Despacho concuerda con el análisis de la Delegatura en su Informe Motivado, en el sentido de que el material probatorio obrante en el Expediente administrativo prueba con suficiencia que **ACEPRAC** y **ANPRA** infringieron lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en tanto que tuvieron un rol determinante en la celebración y ejecución del acuerdo de precios realizado por las empresas de practicaje investigadas. Lo anterior, por cuanto fungieron como el vehículo empleado para discutir, fijar y aplicar de manera coordinada el cobro de una tarifa o porcentaje adicional al valor previsto en la ley, como remuneración del piloto práctico por el servicio de practicaje. En efecto, se encuentra demostrado que las empresas de practicaje investigadas, a través de ACEPRAC y ANPRA, discutieron, fijaron y aplicaron de manera consciente y coordinada un porcentaje o tarifa adicional a la remuneración legal de los pilotos

para cubrir los costos administrativos derivados de la prestación del servicio de practicaaje. Tal acuerdo se convino en la mencionada reunión del 25 de enero de 2012 realizada en el Club Militar en Bogotá, cuyo contenido se plasmó en el "Acta No. 002. Con el propósito de brindar mayor claridad frente a este punto, se rememora su contenido dado que allí se plasmó el acuerdo anticompetitivo en el que participaron ACEPRAC y ANPRA respecto al cobro de los "costos administrativos" correspondientes, en principio, a los valores que las empresas debían asumir por la estación de radio, traslado terrestre del piloto práctico y del personal de amarre.

Decisión:

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como

los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal. Estos criterios serán ponderados por la Entidad, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con el servicio de practicaaje en los puertos colombianos, servicio que tiene importancia preponderante para el comercio exterior del país. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la libre competencia económica en este mercado tendrá un impacto importante en la economía colombiana. Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las

empresas, sus ingresos operacionales, utilidades operacionales, patrimonio, y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.

También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la actuación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del servicio involucrado.

Bajo este contexto, se advierte que, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la libre competencia económica, por cada vulneración y a cada infractor, hasta por CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)

Fuente propia del autor

Respecto de la breve reseña hecha anteriormente sobre la resolución sancionatoria seleccionada del año 2017, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, nos permitimos realizar el siguiente análisis: 1) La SIC parte de un análisis sistemático del caso en concreto, donde pone de manifiesto, primero cuáles son las conductas que se investigan, y posteriormente desarrolla su posición sobre la base de los resultados obtenidos de la investigación que se adelantó respecto de las conductas desplegadas por los sujetos investigados. 2) En el caso en concreto, la SIC halló como contraria a libre competencia la cartelización observada por los implicados de acuerdo a lo normado en el numeral 7 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdo de fijación de precios). Recordemos que este tipo de práctica es sumamente reprochable dentro de la normatividad de protección de la competencia, puesto que,

restringe la competencia mediante el acuerdo de voluntades entre empresarios, absteniéndose de competir entre ellos, en lugar de competir mediante la implementación estrategias de mercado autónomas y separadas sujetas a las condiciones normales del mercado. 3) Por último, en la resolución se puede evidenciar como la SIC enuncia algunos de los criterios que tuvo en cuenta al momento de determinar la responsabilidad de las entidades investigadas, los cuales parafraseamos así: a) gravedad de la falta, efectos nocivos que pudo haber generado en el mercado y el beneficio percibido por los involucrados; b) capacidad económica de los investigación, antecedentes o reincidencia de los implicados, colaboración prestada dentro de la actuación administrativa; c) tamaño de las empresas involucradas, ingresos operacionales, patrimonio, idoneidad de la conducta reprochada para causar daño en el mercado y la sensibilidad del servicios involucrado para el interés general tutelado.

Tabla 12

Análisis de contenido de las resoluciones sancionatorias por cada año 2018

Número de resolución:	91153 del 14 de diciembre de 2018.
Personas sancionadas:	Alcaldía Municipal de la Mesa, REINGEGAS LTDA, ARIBUK SAS
Monto de la multa impuesta:	A cada una de las entidades se les impuso la multa de doscientos setenta y siete millones trescientos cuarenta mil novecientos diez pesos \$ 277.340.910 COP.; treinta y cinco millones ciento cincuenta y cinco mil ochocientos noventa pesos \$ 35.155.890 COP,

	treinta y siete millones cuatrocientos noventa y nueve mil seiscientos dieciséis pesos \$ 37.499.616 COP, respectivamente.
Conductas anticompetitivas investigadas:	Numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (fijación de precios).
Argumentos de la Superintendencia de Industria y Comercio:	En el presente caso, para el proceso de gasificación en La Mesa, la Alcaldía de dicho municipio desarrolló un sistema con el distribuidor de gas natural domiciliario de la
<p>de la región (FENOSA) que permitía a los usuarios un esquema de financiamiento en el que el servicio de instalación de redes internas para el suministro de gas natural era cobrado entre 0 y 36 cuotas, a través de la factura del servicio público. De esta manera, teniendo en cuenta que los hogares que pretendían adquirir el servicio de gas natural por tuberías eran de estratos 1, 2 y 3, es claro para este Despacho que contar con un esquema de financiamiento del costo fijo de la instalación de redes internas resultó determinante para la decisión de los hogares de adquirir o no el servicio. De acuerdo con lo anterior, empresas instaladoras de redes internas que pudiesen ofrecer el programa de financiamiento a través de FENOSA, versus aquellas que tuvieran que requerir el pago del servicio de contado, ganarían una ventaja significativa por cuanto, de no existir dichos esquemas, el número de hogares dispuestos a adquirir el servicio sería estrictamente menor al que realmente lo hizo. Este Despacho encontró plenamente demostrado con el material probatorio obrante en el Expediente, que REINGEGAS, ARIBUK y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO como propietaria del establecimiento SEG 3A, participaron en una práctica anticompetitiva consistente en un cartel empresarial para fijar los</p>	

precios de las construcciones e instalaciones de redes internas para el suministro de gas natural en La Mesa - Cundinamarca (infracción al numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992). Adicionalmente, como se explicará en un acápite posterior, para el Despacho se encuentra también demostrado que esta conducta fue propiciada por la ALCALDÍA DE LA MESA, con lo cual dicha entidad habría infringido lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por implementar una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia. En efecto, las pruebas del Expediente dan cuenta de que el cartel empresarial investigado tuvo como propósito fijar artificialmente los precios de las construcciones e instalaciones de redes internas para el suministro de gas natural en La Mesa - Cundinamarca realizadas por REINGEGAS, ARIBUK y LUDY FERNANDA CÁCERES SOLANO como propietaria del establecimiento SEG 3A, quienes, como se indicó anteriormente, ostentaban el 98% de dicho mercado en ese municipio. Esta conducta se fraguó en detrimento de los usuarios que requerían de dicha instalación para acceder al servicio público de gas natural, toda vez que los investigados acordaron renunciar a competir en precios y de esta manera evitar que los usuarios lograran obtener mejores precios de acuerdo a la oferta y demanda en un mercado en el que debería prevalecer la libre competencia. En conclusión, a partir de las pruebas obrantes en el Expediente presentadas anteriormente, para este Despacho se encuentra plenamente demostrado que REINGEGAS, SEG 3A y ARIBUK celebraron un acuerdo ilegal para fijar los precios de los servicios de construcción e instalación de redes internas para el suministro de gas natural domiciliario para los habitantes del municipio de La Mesa - Cundinamarca, lo cual constituye una conducta manifiestamente anticompetitiva y proscrita por el numeral 1 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Decisión:	<p>Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así</p>
<p>como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal. Estos criterios serán ponderados por la Superintendencia, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con el suministro de gas natural domiciliario, servicio público esencial para los hogares colombianos. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la libre competencia económica en el desarrollo de este sector tendrá un impacto negativo importante en la economía y, en particular, en el bienestar de la población colombiana. Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas investigadas, sus ingresos operacionales, patrimonio y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria. También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto o servicio involucrado. De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada ALCALDÍA DE LA MESA, se le impondrá una multa de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA MIL NOVECIENTOS DIEZ PESOS MONEDA</p>	

CORRIENTE (\$ 277.340. 910.00) equivalentes a TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (355 SMLMV).

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada REINGEGAS, se le impondrá una multa de TREINTA Y CINCO MILLONES CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 35.155. 890.00) equivalentes a CUARENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (45 SMLMV).

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada ARIBUK, se le impondrá una multa de TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS DIECISEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 37.499.616.00) equivalentes a CUARENTA Y OCHO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (48 SMLMV).

Fuente propia del autor

Respecto de la breve reseña hecha anteriormente sobre la resolución sancionatoria seleccionada del año 2018, proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, nos permitimos realizar el siguiente análisis: 1) La SIC parte de un análisis sistemático del caso en concreto, donde pone de manifiesto, primero cuáles son las conductas que se investigan, y posteriormente desarrolla su posición sobre la base de los resultados obtenidos de la investigación que se adelantó respecto de las conductas desplegadas por los sujetos investigados. 2) En el caso en concreto, la SIC halló como contraria a libre competencia la celebración de acuerdos tendientes a la fijación de precios entre dos o más empresarios, también conocido como cartel empresarial. Esto en razón a los efectos anticompetitivos que representa para los demás agentes del mercado y consumidores, por la grave afectación a los intereses que tutelan las

normas de protección de la competencia en Colombia. 3) Por último, en la resolución se puede evidenciar como la SIC enuncia algunos de los criterios que tuvo en cuenta al momento de determinar la responsabilidad de las entidades investigadas, los cuales parafraseamos así: a) “los investigados acordaron renunciar a competir en precios y de esta manera evitar que los usuarios lograsen obtener mejores precios de acuerdo a la oferta y demanda en un mercado en el que debería prevalecer la libre competencia”; b) se analizó la gravedad de la falta, efectos generados sobre el mercado en cuestión y beneficio obtenido por los infractores; c) capacidad económica de los investigados, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

7. Marco legal

En el presente apartado se expondrán las principales fuentes, tales como Leyes y Decretos, que informan la temática pertinente a nuestro objeto de estudio. De esto modo, se pretende brindar el soporte jurídico y legal al presente trabajo investigativo.

Normas de carácter constitucional

Constitución Política.

Leyes

Ley 155 de 1959, “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas” con esta ley quedan expresamente prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la libre competencia.

Ley 142 de 1994, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”. Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.

Ley 472 de 1998, “por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones”. Con el desarrollo de esta ley la libre competencia queda consagrada como un derecho e interés colectivo susceptible de ser protegido a través de una acción popular o de grupo.

Ley 590 de 2000, “por la cual se dictan disposiciones para promover el desarrollo de las micro, pequeñas y medianas empresas”. La Superintendencia de Industria y Comercio, con el fin de evitar que se erijan barreras de acceso a los mercados o a los canales de comercialización para las Mipymes, investigará y sancionará a los responsables de tales prácticas restrictivas.

Ley 640 de 2001, “por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”. En los casos de competencia desleal y prácticas comerciales restrictivas iniciadas a petición de parte que se adelanten ante la Superintendencia de Industria y Comercio existirá audiencia de conciliación de los intereses particulares que puedan verse afectados.

Ley 1340 de 2009, “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, de la cual rescatamos de su objeto contenido en el artículo 1, lo siguiente:

La presente ley tiene por objeto actualizar la normatividad en materia de protección de la competencia para adecuarla a las condiciones actuales de los mercados, facilitar a los usuarios su adecuado seguimiento y optimizar las herramientas con que cuentan las autoridades nacionales para el cumplimiento del deber constitucional de proteger la libre competencia económica en el territorio nacional.

Decretos

Decreto 1302 de 1964, “por el cual se reglamenta la ley 155 de 1959”. Se consideran sectores básicos de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general y el bienestar social, todas aquellas actividades económicas que tengan o llegaren a tener en el futuro importancia fundamental para estructurar racionalmente la economía del país y abastecerlo de bienes o servicios indispensables al bienestar general

Decreto 2153 de 1992, “por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”. Se encarga a la Superintendencia de Industria y Comercio como una de sus funciones velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales sin perjuicio de las competencias señaladas en las normas vigentes a otras autoridades.

Decreto 3280 de 2005, “por el cual se reglamenta el parágrafo del artículo 1 de la ley 155 de 1959 para el sector agropecuario”. Considerando que la Constitución Política en su artículo 65 establece como obligación primordial del Estado dar prioridad al desarrollo de las actividades agrícolas y proteger de manera especial la producción de alimentos.

8. Metodología propuesta

En el presente acápite, procederemos a explicar la metodología propuesta para la presente investigación. Así, quedarán consignados los distintos elementos que orientan el curso y desarrollo de los temas aquí planteados. De esta manera, se pretende dar claridad acerca de los pasos que nos permitan dar cumplimiento a los objetivos propuestos.

8.1. Tipo de investigación

En ese sentido, el tipo de investigación de acuerdo con la fuente principal de obtención de datos es el bibliográfico, también llamado documental, así en palabras de Campos Ocampo (2017):

Una investigación bibliográfica o documental es aquella que utiliza textos (u otro tipo de material intelectual impreso o grabado) como fuentes primarias para obtener sus datos. No se trata solamente de una recopilación de datos contenidos en libros, sino que se centra, más bien, en la reflexión innovadora y crítica sobre determinados textos y los conceptos planteados en ellos (p. 17).

Además, se utilizará el análisis crítico, que es un tipo de investigación el cual se origina y procura según Torres Fernández (2015) así:

Suelen partir de hechos, cuestiones o situaciones previas; pretenden abordar un problema, bien para solucionarlo o para pensar a partir de él nuevas preguntas - justo el proceso de cualquier investigación -; se lleva a cabo de manera metódica, adecuada a cada ocasión; y comunicable, en cualquier caso entra en contacto con las personas a las cuales interpela, hace reflexionar, las lleva a la acción (p. 28).

8.2. Enfoque de la investigación.

Por otro lado, el presente estudio se trata de una investigación jurídica-dogmática, básica y documental, pues en términos generales, como dice Tantaleán Odar (2016) “utilizamos esta denominación por extensión a todo tipo de estudio cuyo basamento sean las normas jurídicas y siempre que se las analice de modo abstracto o teórico” (p. 4), además se procura la generación de nuevo conocimiento. Seguidamente, el tipo de estudio escogido es jurídico-propositivo toda vez que se propone una nueva interpretación de las normas jurídicas a partir de la teoría del Análisis Económico del Derecho, lo anterior por cuanto de la lectura de Tantaleán Odar (2016) se sigue: “diremos que la investigación propositiva, así como puede proponer la dación, derogación o modificación de una norma, puede también proponer el modo de interpretación, el modo de aplicación, el modo de integración” (p. 9).

8.3. Nivel de investigación.

En el presente estudio, nos situaremos dentro del nivel de investigación descriptivo, el cual, de acuerdo con la exposición hecha por el autor Fidias Arias (2012) se refiere a la misma en los siguientes términos:

La investigación descriptiva consiste en la caracterización de un hecho, fenómeno, individuo o grupo, con el fin de establecer su estructura o comportamiento. Los resultados de este tipo de investigación se ubican en un nivel intermedio en cuanto a la profundidad de los conocimientos se refiere (p. 24).

Así las cosas, nos hemos situado en este nivel debido a que nuestra investigación identifica los elementos del Análisis Económico del Derecho inmersos en las providencias de la

Superintendencia de Industria y Comercio que conciernen a las sanciones impuestas a los carteles empresariales.

8.4. Método de investigación.

Así las cosas, se utilizará el método hermenéutico pues, en palabras de Bustamante Arango (s.f.), dicho método:

Hace referencia a la interpretación del derecho, puede compendiarse con el método exegético, sistemático y sociológico. La aplicación de este método se encamina a descubrir, hallar contradicciones, deficiencias, omisiones entre las normas o el sistema jurídico; se caracteriza por el análisis a partir de la vía inductiva. Se aplica en la jurisprudencia, entendida como la doctrina de los jueces, elaborada con base en la solución de casos concretos. En la doctrina, entendida como los estudios técnicos y teorías de los especialistas en las distintas ramas del derecho (p. 27).

8.5. Instrumentos de investigación.

De la lectura de Villabella Armengol en su obra “Los Métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones” (2015) tenemos lo siguiente: “El instrumento de investigación es la herramienta para concretar el método; el medio a través del cual el investigador recolecta los datos y obtiene la información necesaria” (p. 935).

En ese sentido, en la presente investigación se tienen en cuenta como fuentes primarias la ley y la jurisprudencia; y como fuentes secundarias se consultarán la doctrina, al igual que se hará uso de la consulta bibliográfica de artículos científicos en bases especializadas, puesto que, son útiles como instrumentos dentro de la presente investigación.

8.6. Línea de investigación.

El presente estudio se encuadra en la línea de investigación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de la Costa CUC denominada Sostenibilidad Organizacional y se enmarca en la sublínea denominada Marco Normativo Empresarial. Lo anterior, ya que, a todas luces, el régimen de promoción de la competencia se erige como columna vertebral que informa y permea, a todos los empresarios partícipes del mercado nacional por igual. Siendo de vital importancia la protección estatal del derecho constitucional a la libre competencia, en aras salvaguardar el interés general por encima de cualquier práctica que lesione este bien jurídico tutelado.

9. Conclusiones

La defensa de la libre competencia en Colombia se encuentra en cabeza del Estado, quien debe ser el primer garante de que se respeten los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política. El Régimen de Promoción de la Libre Competencia en Colombia establece los márgenes dentro de los cuales se deben conducir los empresarios en relación con los demás competidores y agentes que participan de los distintos mercados, donde compiten en igualdad de condiciones. Este Régimen, el cual se encuentra contenido principalmente en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009; obedece al espíritu de la Constitución, ya que procura salvaguardar la libertad de empresa, la eficiencia económica y desde luego, la libre competencia, entiendo los anteriores principios como ejes estructurales del modelo de economía social de mercado adoptado por el Constituyente en 1991.

Inspirado en las leyes antimonopólicas de los Estados Unidos de Norteamérica y de la Unión Europea, nuestro modelo de protección concurrencial propende por corregir las distorsiones que se presenten al interior de los mercados nacionales y que restrinjan la libre competencia en perjuicio de los demás competidores, consumidores o del interés general. De otro lado, es evidente que los sistemas que combaten dichas distorsiones a los mercados guarden relación con variables que anteriormente eran exclusivas del resorte de los economistas, de tal suerte, que hoy en día podemos afirmar que Derecho y Economía se encuentran más compenetrados que antes. Así pues, se desarrolló notoriamente por los años sesenta en los Estados Unidos la doctrina del Análisis Económico del Derecho (en inglés conocido como *Law & Economics*) prohijada, en la Universidad de Chicago, por figuras como Ronald Coase, Guido Calabresi, Gary Becker, Richard Posner, entre otros, quienes exitosamente aplicaron modelos y métodos económicos para la resolución de problemas jurídicos, brindando una teoría en la cual podían soportar las

evaluaciones hechas en torno a las dificultades planteadas. Básicamente, para estos teóricos del Análisis Económico del Derecho los individuos y las empresas responden a las sanciones de manera similar a como responden a los precios. De este modo, no solo se introdujeron estos conceptos, sino también otros conceptos propios de la teoría económica (especialmente de la microeconomía) a la práctica general de los juristas.

En ese sentido, en el presente trabajo escrito se abordaron los conceptos de eficiencia y maximización como vienen definidos por el Análisis Económico del Derecho y se profundizó en su interrelación con el Régimen de Promoción de la Libre Competencia en Colombia, el Derecho Administrativo Sancionador y el rol adoptado por la Superintendencia de Industria y Comercio como ente encargado de velar por la protección de los mercados nacionales.

En síntesis, pudimos verificar cómo el sistema de protección de la libre competencia económica en Colombia promueve la eficiencia, el bienestar de los consumidores y el bienestar general, al intervenir en los asuntos donde se estén transgrediendo las normas, previa investigación por medio de actuación administrativa iniciada por la Superintendencia de Industria y Comercio, e imponiendo sanciones en los casos donde haya lugar. Estas sanciones, como se expuso, tienen un carácter disuasivo que sirven para desincentivar la comisión de estas infracciones, sentando un precedente claro hacia el futuro, respecto de la posición adoptada por la Autoridad de Competencia. Aunado a lo anterior, ante la aparición de prácticas anticompetitivas, se puede colegir que las opciones de los consumidores y demás agentes del mercado (otros competidores, proveedores, etc.) no se ven maximizadas cuando se restringe la libre competencia en los mercados. En efecto, recordemos que, la elección de la mejor opción permitida por las restricciones se definió como el concepto de maximización. En consecuencia, las restricciones que a priori enfrentan los competidores son las que imponen las reglas de la sana competencia

entre iguales, y que cualquier desviación de este precepto redundaría en perjuicio de los sujetos que el mismo régimen busca proteger. Como corolario de lo expuesto, podemos afirmar que no existe equilibrio, entendido este como un patrón de interacción que persiste a menos que sea perturbado por fuerzas externas, si identificamos como causas externas la aparición de prácticas anticompetitivas al interior de los mercados, por lo tanto, es injustificable dicha perturbación, toda vez que, es importante mantener los mercados competitivos para la asignación eficiente de recursos y el bienestar económico general.

Ahora bien, respecto de las providencias analizadas pudimos evidenciar que la Autoridad de Competencia encargada de juzgar las conductas, al basarse en la normatividad vigente en materia de competencia, hizo uso de criterios económicos sumamente claros en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Destacamos, en primer lugar, que dentro de las consideraciones más recurrentes para motivar sus decisiones, la Superintendencia de Industria y Comercio, hizo alusión a la excepción de eficiencia, en virtud de la cual, en tratándose de integraciones empresariales, la autoridad de competencia, puede no objetar dicha integración siempre y cuando los interesados demuestren que los efectos benéficos de la operación para los consumidores exceden el posible impacto negativo sobre la competencia y que tales efectos no pueden alcanzarse por otros medios. Esta excepción de eficiencia se ampara en el concepto de eficiencia propuesto por Kaldor-Hicks, con la salvedad de que la normatividad colombiana exige como requisito *sine qua non*, que los beneficios reportados por dicha operación sean trasladados a los consumidores, quienes en principio se verían afectados con la integración propuesta. Esta salvedad, no es coincidencia si tenemos en cuenta que, al imponer esta condición se reafirma el carácter protector de la norma, no solo respecto de los demás empresarios, sino de los consumidores, y en general del bienestar del sistema económico social de mercado del país.

Finalmente, queremos destacar de igual manera, la utilización uniforme de criterios a lo largo del periodo escogido para estudiar las resoluciones sancionatorias de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de competencia. A nuestro juicio, los criterios que se pasan a enunciar son evidencia de que la doctrina del Análisis Económico del Derecho se encuentra muy compenetrada con nuestro actual derecho de la competencia, así la autoridad de competencia evaluó en términos económicos a efectos de dosificar la sanción los siguientes aspectos relacionados con la caracterización y responsabilidad de quien comete la infracción: grado de participación de los involucrados, beneficio obtenido por el infractor con la conducta sancionada, la persistencia de la conducta por parte del infractor, gravedad de la falta, los antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia, abuso de posición de dominio, idoneidad de la conducta para afectar el mercado, capacidad económica del investigado, la cuota de mercado de la empresa infractora, conducta procesal de los investigados (si hubo voluntad de colaborar con la autoridad), sensibilidad del servicio afectado para el interés general tutelado, todo lo anterior, siempre procurando mantener criterios de proporcionalidad y razonabilidad entre los hechos y la sanción finalmente impuesta.

10. Recomendaciones

Por último, es preciso formular las siguientes recomendaciones basados en el desarrollo que tuvo el presente trabajo escrito, así:

Sería pertinente indagar respecto de la percepción que tienen los grupos involucrados en la presente investigación, es decir, conocer la percepción que tienen los empresarios, las instituciones gubernamentales o los consumidores respecto de la aplicación del Régimen de Protección de la Libre Competencia en Colombia. Es decir, conocer su posición respecto de la efectividad de las normas actuales para proteger sus intereses, sus expectativas y cómo evaluarían la situación actual de la libre competencia en los mercados nacionales.

Igualmente, sería pertinente direccionar estudios tendientes a evaluar en qué situación se encuentra nuestra normatividad en comparación con la de otros países de la región o con sistemas jurídicos diversos al nuestro, también estudios tendientes a evaluar nuestra posición respecto de normas que rijan la materia a nivel internacional, verbigracia, la adopción de leyes por parte del Estado colombiano basado en las decisiones de la Comunidad Andina de Naciones, comunidad de la cual nuestro país hace parte.

En síntesis, podemos exhortar a la comunidad académica en general a fin de que sostenga el interés por los temas de Derecho de la Competencia, máxime en un país como el nuestro, donde la presencia del Estado debe ser siempre fuerte a fin de evitar abusos por parte de las personas o instituciones con mayor concentración de poder económico. En ese sentido, se debe proteger la libre competencia para el bienestar de la sociedad en general, luego una buena forma de lograr este cometido es profundizando respecto de estos temas a la par que se generan ideas nuevas y frescas que permitan mejorar la calidad de nuestras leyes.

Referencias

- Aguirre Soriano, D. (2014). Criterios del Análisis Económico del Derecho aplicables al estudio de la patentabilidad de programas de computador. *Con-texto: Revista de Derecho y Economía*, 41 (1), [p. 87-114].
- Alarcón Peña, A. (2016). La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 19 (37), 109-124. doi: <http://dx.doi.org/10.18359/prole.1683>
- Arias, F. (2012). El proyecto de investigación. Introducción a la metodología científica. 6ª Ed. Caracas: Episteme.
- Arrieta, M., Meza, A. y Meza, S. (2018). Perspectivas geopolíticas de la construcción de la paz a través de la supranacionalidad en Latinoamérica a partir de la crisis del Estado-Nación y de la implicación de la masonería liberal. En: J. Hernández G. de Velazco y L. Romero Marín, ed., *Perspectiva en Ciencias Jurídicas y Políticas sobre la participación ciudadana, paz, bienestar y felicidad social. Siglo XXI*. (139-162). Barranquilla: Educosta.
- Ayala Rojas, D. (2015). Análisis Económico del Derecho, Ciencia del Derecho y Justicia. *Ratio Iuris. Revista de Derecho Privado*, 3 (1), [p. 71-107].
- Bechara Llanos, A. (2018). Investigación-acción-jurídica: escenarios para una investigación activa y crítica en el Derecho. *JURÍDICAS CUC*, 14(1), 211-232. <https://doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.10>
- Bejarano, J. (1999). El Análisis Económico del Derecho: comentarios sobre textos básicos. *Revista de Economía Institucional*, 1 (1), [p. 155-167].
- Bustamante Arango, D. (Sin fecha). El diseño de la investigación jurídica. Universidad San Buenaventura, Colombia.
- Campos Ocampo, M. (2017). Métodos de investigación académica-fundamentos de investigación bibliográfica. *Universidad de Costa Rica*, documento de trabajo No. 1.1.

- Cárdenas Anaya, A. (2011). *Análisis de multas por fijación de precios*. (Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia). Recuperado de:
http://bdigital.unal.edu.co/4589/1/An%C3%A1lisis_de_multas_por_fijaci%C3%B3n_de_precios_en_Colombia_-_Agosto_2011.pdf
- Cooter, R. & Ulen T. (2016). *Derecho y economía*. (Eduardo L. Suárez, trad.). México: Fondo de Cultura Económica. (Obra original publicada en 1987).
- Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de abril de 2011). Sentencia C-263 de 2011. [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (9 de agosto de 2005). Sentencia C-818 de 2005. [M.P. Rodrigo Escobar Gil].
- Corte Constitucional, Sala Plena. (1 de julio de 2015). Sentencia C-412 de 2015. [M.P. Alberto Rojas Ríos].
- De la Cruz Rolong, A. (2018). *Análisis de la normativa administrativa sancionadora aplicada por la Superintendencia Nacional de Salud a partir de los principios del DAS desarrollados por la doctrina constitucional colombiana*. (Tesis de maestría, Universidad del Norte). Recuperado de
<http://manglar.uninorte.edu.co/bitstream/handle/10584/8054/131772.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- De La Torre, M. (2018). Utilización del sector financiero para el lavado de dinero: perspectiva desde la legislación ecuatoriana. *JURÍDICAS CUC*, 14(1), 145-166.
<https://doi.org/10.17981/juridcuc.14.1.2018.07>
- Dómenech Pascual, G. (2014). Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho. *Revista de Administración Pública*. (195), 99-133.
- Flórez Acosta, J. & Gómez Portilla, K. (2017). Análisis empírico de los efectos económicos de la colusión: lecciones para Colombia. *Ensayos sobre Política Económica*. (35), 222-244. doi:
<https://doi.org/10.1016/j.espe.2017.11.001>
- Forero Jiménez, J. (2015). *La sanción administrativa de la Superintendencia de Industria y Comercio por la violación de un reglamento técnico y/o metrología legal, y la posibilidad*

de inicio de un proceso jurisdiccional por la posible violación al artículo 18 de la ley 256 de 1996. (Trabajo de grado, Universidad de los Andes). Recuperado de <http://biblioteca.uniandes.edu.co/acepto201699.php?id=8905.pdf>

Friz Echeverría, C. (2016). Libertad e ignorancia, mercado y competencia: La normatividad antropológico-política neoliberal en F. Hayek y M. Friedman. *Revista en línea del Grupo de Investigación de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, 18. (2), p. 45-52.

Galvis Macías, I. (2018). Principales prácticas restrictivas a la libre competencia ejecutadas por los oferentes en el marco de procesos de selección de contratistas del Estado. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 13 (2), [p. 11-52].

Gama Rojas, D. C. (2017). *La cartelización empresarial y el rol estatal en la protección de la competencia: una perspectiva desde el derecho público.* (Tesis de especialización, Universidad Santo Tomás de Bogotá). Recuperado de: <http://repository.usta.edu.co/handle/11634/4448>

Gutiérrez Ossa, J. (2008). Análisis económico del derecho. Revisión al caso colombiano. Economía aplicada al derecho. *Con-Texto: revista de Derecho Privado*, (24), [p. 11-30].

Gutiérrez Ossa, J. (2012). Análisis económico del derecho y del derecho económico bajo revisión empresarial. *Opinión Jurídica*, 11 (21), [p. 117-134].

Hernández de Velazco, J., Alvarado Peña, L., & Velazco González, J. (2013). Participación ciudadana, tecnologías de información- comunicación y opinión pública. *Teorías, Enfoques Y Aplicaciones En Las Ciencias Sociales*, 5(11), 26-34. Recuperado a partir de <https://revistas.ucla.edu.ve/index.php/teacs/article/view/1627>

Honnefelder, S. (2019). La política de competencia. *Fichas técnicas sobre la Unión Europea*. [p. 1-6]. Recuperado de [http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=04A_FT\(2017\)N54616](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=04A_FT(2017)N54616)

Jiménez Valderrama, F. (2019) *Derecho de la competencia*. Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores.

Méndez Reátegui, R. (2008). *El Análisis económico del derecho: principales escuelas que han influenciado en el Perú, aportes y su contraposición conceptual.* (Trabajo de grado,

Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Recuperado de

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/cybertesis/3056/Mendez_rr.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Miranda Londoño, A. (2011). Origen y evolución del derecho de la competencia en Colombia: la Ley 155 de 1959 y su legado. *Revista Derecho Competencia*, 6 (6), [p. 65-148].

Miranda Londoño, A. & Gutiérrez Rodríguez, J. (2007). Historia del Derecho de la Competencia. *Revista Boliviana de Derecho*, 3. [p. 215-267]

Ortega Sáchica, C. (2016). Aproximación al régimen de defensa de la competencia en Colombia. *Cuadernos de la Maestría en Derecho*, 1 (5), [p. 331-422].

Ortiz-Baquero, I. & Solano-Osorio, D. (2016). La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes. *Vniversitas*. (132), 311-348. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.vj132.apnl>

Ortiz Laverde, S. & Soto-Pineda, J. (2017). Análisis del poder disuasorio de la protección de la libre competencia en Colombia: norma jurídica y autoridad pública. *Dikaion*, 26(2), 313-355. doi:10.5294/dika.2017.26.2.5

Ossa Bocanegra, C. (2015). Políticas Públicas de fomento a la competencia. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 45. (122), p. 99-125.

Ramírez Torrado, M. (2010). Reflexiones acerca del principio de proporcionalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador colombiano. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 12 (1), [p. 155-172].

Ramírez Torrado, M. & Aníbal Bendek, H. (2015). Sanción administrativa en Colombia. *Vniversitas*, 1 (131), [p. 107-148]. doi: 10.11144/Javeriana.vj131.saec

Reales Utria, A. (2016). La democracia representativa en el marco de los derechos humanos en Colombia. *JURÍDICAS CUC*, 12(1), 9-16. Recuperado a partir de <https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/view/1112>

Reveco Urzúa, R. & Padilla Parot, R. (2017). Derecho de la libre competencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*. (28), p. 375-386.

Superintendencia de Industria y Comercio. (Sin fecha). Prácticas restrictivas de la competencia.

Recuperado de <https://www.sic.gov.co/practicas-restrictivas-de-la-competencia>

Superintendencia de Industria y Comercio. (Sin fecha). Integraciones empresariales. Recuperado de <https://www.sic.gov.co/las-integraciones-empresariales>

Tantaleán Odar, R. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, (43), 1-37. Recuperado de:

https://www.derechoycambiosocial.com/revista043/TIPOLOGIA_DE_LAS_INVESTIGACIONES_JURIDICAS.pdf

Torres Fernández, I. (2015). *Diseño crítico: de la transgresión a la autonomía* (Máster).

Universidad Autónoma de Barcelona.

Villabella Armengol, C. (2015). Los Métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, [p. 921-953].

Zuñiga Ordoñez, J. (2017). De la función económica del cheque, del cheque común al de pago diferido. *JURÍDICAS CUC*, 13(1), 183-198.

<https://doi.org/10.17981/juridcuc.13.1.2017.08>